UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE

DE LA

CLAUSE COMPROMISSOIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Octave HUGUES

Avocat à la Cour d'Appel de Nimes

NIMES
IMPRIMERIE RÉGIONALE
— 2, rue Bernard-Aton, 2 —

1912

ÉTUDE

DE LA

CLAUSE COMPROMISSOIRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534901_0103

UNIVRESITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE

DE LA

CLAUSE COMPROMISSOIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Octave HUGUES

Avocat à la Cour d'Appel de Nimes

ACAD.
LIGG.NAT.
BIBL.

NIMES
IMPRIMERIE RÉGIONALE
— 2, rue Bernard-Aton, 2 —

1912

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

Faculté de Droit

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Glaize professeur honoraire.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Moye, professeur de Droit international public.

Perreau, professeur de Procédure civile.

Rist, professeur d'Economie politique.

Barthélemy, professeur de Droit constitutionnel.

Giffard, professeur d'Histoire du Droit.

Morin, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil approfondi.

Bridrey, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.

Nogaro, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.

Ricol, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.

Donnedieu de Vabres, agrégé, chargé d'un cours de Procédure civile.

Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Chausse, *président.*
Charmont,
Donnedieu de Vabres, } *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ÉTUDE

DE LA

CLAUSE COMPROMISSOIRE

INTRODUCTION

I

Considérations Générales sur les Origines de l'Arbitrage et ses rapports avec la Justice Publique

Les rapports sociaux des hommes existaient avant les lois qui eurent pour but d'exprimer les règles qui devaient les régir, d'établir les formes auxquelles ils devaient être assujettis, d'assurer leur respect et leur application, en un mot, d'exprimer le Droit. De ces relations naissaient des conflits qu'il fallait résoudre, des différends qu'il fallait trancher.

Le Juge de ces contestations, de ces difficultés, était la Force. Celui qui, dans le corps à corps, terrassait son adversaire, celui-là avait pour lui le Droit. Le peuple qui gagnait la bataille, ce peuple-là avait pour lui le Droit. La lutte était inévitable, nécessaire. La notion

de la justice, confondue avec celle de la puissance, ne suffisait pas à se fixer, à s'imposer par son caractère propre : elle suivait la victoire.

Les rapports se multipliant, les hommes cependant s'affinaient. Cette idée de justice que les prêtres avaient en dépôt, et que les chefs essayaient de faire respecter et triompher, des « vulgarisateurs », des poètes, la présentant comme un bienfait des dieux, développèrent sa souveraineté, agrandirent sa sphère d'influence et d'action : ils l'exaltèrent au-dessus de la force. On put songer alors à réaliser dans les faits ce concept supérieur, en dehors de la lutte physique, individuelle ou collective, sous une forme plus pacifique.

Et des usages et des coutumes, ainsi, petit à petit, s'établissent ; après la guerre, la médiation qui apaise la discorde ; avant le conflit, l'arbitrage qui le prévient, c'est-à-dire l'intervention d'un tiers au jugement de qui on s'en remet pour trancher le litige.

L'arbitrage fut donc dans les premières pratiques, comme dans les premiers besoins des hommes ; il fut un de leurs premiers progrès : le moyen le plus spontané, le plus naturel, qui servit à cette réalisation pacifique de l'idée de justice. Il fut le passage, le « pont », qui joignit la justice privée, arbitraire et brutale, à la justice publique, la plus haute institution des peuples civilisés.

L'arbitrage fut confié aux hommes les plus forts, les plus sages, les plus âgés. Ceux qui avaient la plus grande puissance physique, ou matérielle ; ceux qui avaient le plus grand ascendant moral ; ceux qui réu-

nissaient toutes ces choses à la fois, avec plus de chances d'être préférés aux autres, voyaient leurs semblables recourir à leur intervention. On allait aux ministres du culte religieux, parce qu'ils étaient plus instruits ; on allait aux chefs, aux rois, à ceux qui avaient un pouvoir, une force quelconque à leur disposition ; on allait aux simples particuliers quand ils s'imposaient au choix par quelque avantage spécial, par exemple, quand ils furent témoins de la contestation. Et ces sentiments étaient naturels.

La répétition du choix dont ils étaient l'objet, augmenta, en dehors d'eux-mêmes, leur influence ; et personnellement, ils ne manquèrent point de l'amplifier davantage, en s'appuyant sur cette constance. Ils s'appliquèrent à leur tâche pour conserver leur clientèle ; et, pour rendre leurs décisions efficaces, ils inventèrent des procédés coercitifs. — Ainsi, encore que tous les pouvoirs fussent confondus, ces médiateurs, ces arbitres, ces juges prirent l'habitude de faire agir devant eux selon certains modes, et exigèrent l'emploi de certaines formes.

A mesure que la civilisation se marquait de plus en plus, les éléments divers qui composent une société organisée se dégageaient de la confusion. Les gouvernants, connaissant mieux et leurs devoirs et leurs droits, mirent de l'ordre dans cette justice toute gracieuse, dans ces juridictions diverses, éparpillées. Les spécialisations, de volontaires, devinrent forcées. Telles causes furent attribuées à ceux-ci ; telles portées devant ceux-là. Ce passage de l'anarchie complète à un ordre relatif se fit insensiblement, par transitions suc-

cessives. Sans être encore dans la voie de la perfection, l'organisation judiciaire existait.

Plus tard, quand aux peuples nomades et aux agglomérations à peine policées, succédèrent des Etats organisés, la Justice devint tout à fait publique. Ceux qui étaient à leur tête, organes agissants de toute la société, représentants de la volonté commune, prirent au profit de la nation le droit de juger, et le déléguèrent à certaines personnes, à certains groupements. Les modes coutumiers cédèrent la place à des formes certaines, prévues selon les cas, toujours semblables à ellles-mêmes ; la procédure assurait désormais le respect du Droit ; celui-ci n'était pas resté à l'état de vagues principes généraux, d'usages traditionnels, abandonnés dans leur application, à la mémoire fuyante des hommes, à la variabilité des opinions, à l'équité de l'arbitre ; il avait reçu une expression concrète, qui, répondant aux besoins et aux désirs de tous, fixait les règles que chacun devait suivre, il était écrit dans des lois.

La Force avait abdiqué son empire absolu ; elle se mettait au service de la justice organisée, et dès lors, celle-ci n'eût plus qu'à suivre son développement normal. Le symbole historique sous lequel on la figure est trouvé. « La Justice, dit Ihering, tient d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse le droit, et de l'autre, l'épée au moyen de laquelle elle le défend. L'épée sans la balance est la force brutale, la balance sans l'épée est l'impuissance du droit. L'une ne peut aller sans l'autre, et il n'y a d'ordre juridique parfait, que là où l'énergie avec laquelle la justice porte l'épée,

est égale à l'habileté avec laquelle elle manie la balance » (1).

Mais, en présence de cette marche ascendante de la Justice publique, que devint l'arbitrage, lui qui avait été la première étape vers cette organisation judiciaire, qui l'avait préparée ? Il était plus ancien que la justice publique, il en avait été la source, la voie. Mais elle avait accusé des avantages tels qu'il avait été contraint de s'effacer. Elle fut considérée comme le principal, dont il ne fut qu'un accessoire, conservé par respect, comme un souvenir de paternité, conservé aussi pour ne point froisser la liberté.

Il existait, et demeura désormais comme l'expression privée de la justice, que le plaideur a le droit de préférer à sa manifestation sociale ; il a la faculté, ce plaideur, « de substituer à la solennité de l'audience le huis-clos et l'inviolabilité du domicile ; aux garanties judiciaires, la garantie d'une équité que n'enchaîne pas la règle inflexible des formes ; de chercher ailleurs que sur le siège du magistrat, ce « vir bonus » dont parle Horace :

Qui consultat patrum, qui leges juraque servat,
Quo multæ magnæque secantur judice lites.

C'est à l'arbitrage qu'il recourt alors ; c'est lui qui crée la juridiction, et qui, par la puissance de sa volonté, fixe en même temps la compétence... » (2)

(1) Ihering. *La Lutte pour le Droit.*

(2) Boucenne et Bourbeau. *Procédure Civile,* Livre VI.

Ainsi, dans les sociétés organisées, où des lois régissent les rapports des individus, et donnent les moyens de dénouer les conflits, on a pu, de tout temps, soustraire sa cause à la justice publique, et la soumettre à un juge librement choisi. Les législations de tous les pays, sous l'influence des sentiments divers qui présidèrent aux destinées de l'arbitrage, sous l'empire des motifs ou des nécessités qui l'ont fait mettre en lumière, ou rejeter dans l'ombre, ces législations ont reconnu cette juridiction, en ont admis plus ou moins largement les principes, en ont réglé plus ou moins étroitement les conditions d'exercice .

Ces deux formes parallèles de la justice, arbitrage et justice publique, si elles n'ont pas joué un rôle pareillement important, ont suivi le même développement. Dans une coexistence aussi étroite, aussi constante, elles devaient fatalement influer l'une sur l'autre. Quels furent donc leurs rapports ?

Il n'est pas douteux que l'importance de la pratique de l'arbitrage, dans les limites à lui assignées ou même hors d'elles, — car on les dépassait au besoin, — a toujours dû dépendre de l'état de la justice publique.

Plus l'Etat est stable et fort ; plus l'organisation judiciaire offre de garanties et inspire de confiance ; plus la marche de la procédure est simple, rapide, économique, adaptée aux nécessités générales de l'époque ; moins les parties sont disposées à substituer l'arbitrage à la justice publique. Mais quand l'Etat se désorganise, quand ses éléments se désagrègent et ses assises s'ébranlent sous des courants anarchiques, quand l'incohérence et le désordre s'installent dans les

institutions politiques ; quand les tribunaux et les juges sont trop enclins à se laisser dominer par des influences étrangères, rendent des sentences vénales ; quand enfin la procédure est longue, compliquée, périlleuse et ruineuse, ne répondant plus aux mœurs, au genre de vie, aux besoins de la société à qui elle prête ses règles ; alors les tribunaux ordinaires sont délaissés, et la faveur de l'arbitrage s'affirme et grandit.

Cette faveur sera le fait des particuliers quand ils voudront lutter contre la justice publique mal administrée par l'Etat, ou aux mains de gens qui en abusent : par des conventions anticipées d'arbitrage qu'ils adjoignent à leurs contrats, les plaideurs éventuels se soustraient à une justice dont ils ont à se plaindre ; ils font des actes de prévoyance. — Cette faveur sera le fait du prince, quand il voudra détruire des justices organisées en dehors de l'Etat, contraires à son intérêt, et reconquérir pour le plus grand profit de tous un pouvoir judiciaire morcelé et frondeur ; il brisera leurs résistances et ruinera leur influence, par des moyens divers, au nombre desquels se place le développement de l'arbitrage. Puis, quand il estimera celui-ci suffisamment répandu, et celles-là assez affaiblies, il ramènera tout à lui avec facilité.

Si les hommes de loi sont forts, soutenus par les tribunaux, l'arbitrage sera déconsidéré et maltraité ; si l'Etat, craignant une trop grande extension de leurs privilèges, les combat à nouveau, la justice privée recouvrera une importance relative.

Sous le souffle nouveau d'une liberté fraîchement

proclamée, par réaction contre une justice trop absolue, dure et tracassière, l'arbitrage est accueilli avec enthousiasme : il est plus conforme à la dignité humaine ; le citoyen doit pouvoir choisir librement son juge.

La suppression d'une justice organisée en ses moindres détails, accomplie radicalement, met la société en présence d'une lacune qu'elle doit combler ; mais incapable de reconstituer immédiatement la justice de toute perfection qu'elle rêve, elle a recours à l'arbitrage, plus simple et primesautier.

Les mêmes causes reproduisant les mêmes effets, une société revient-elle, par suite d'un bouleversement quelconque, à l'état un peu barbare, encore informe de ses débuts, elle reprendra les institutions qui ont accompagné et marqué sa formation, sa civilisation première.

Est-ce à dire, comme l'ont prétendu les adversaires déclarés de l'arbitrage, qu'il soit l'accessoire et le corollaire de l'anarchie et des révolutions ? Pas le moins du monde. Mais quand le chaos, le désarroi sont dans une société, dans une nation, ce n'est pas, en vérité, sans motifs ; la désorganisation générale atteint toujours la justice publique. Il est, dans cette branche, le réactif qui dénonce le malaise, il est l'indice de la mauvaise administration, il révèle, par ses manifestations, l'urgence des réformes.

Bien souvent, la justice n'est pas rendue comme elle devrait l'être ; les décisions de jugements sont contraires les unes aux autres ; la loi n'est pas exactement appliquée, l'interprétation est divergente ; les

particuliers, alors, ne peuvent plus compter sur la jurisprudence, sur le calcul des probabilités de gain ou de perte qu'ils ont le droit de faire avant d'intenter un procès, sur l'avantage principal que leur présente la juridiction des tribunaux, c'est-à-dire être jugés selon la loi, ce qui, aux yeux de tous, est une sauvegarde et une garantie. Alors l'estime et le respect que l'on a pour la justice officielle diminuent ; les juges s'écartant de la règle écrite, ou plutôt suivant un jour la loi, et le lendemain leur équité naturelle, jugeant comme amiables compositeurs, quelle raison y a-t-il de préférer leur jugement à celui d'arbitres ? « Arbitres pour arbitres, on donne la préférence à ceux qu'on connaît, qu'on choisit, sur ceux qui sont imposés. » (1) Et cela est logique. Et cette raison morale est souvent doublée d'une raison pratique ; la justice arbitrale paraît moins dispendieuse.

Ainsi, tout au long de la vie du monde civilisé, l'arbitrage apparaît comme un puissant régulateur de la justice publique. On s'en servit pour lui-même, d'abord ; on s'en servit aussi comme d'un contrepoids pour remettre en équilibre la balance de Thémis, quand elle déviait outre mesure ; il fut un moyen de résistance et de protestation. Ses avis furent une menace qu'on étouffait, mais qu'on écoutait quand même, comme la voix d'un aïeul reprochant à ses descendant un mauvais usage de la vie qu'il leur a transmise. Quelquefois il voulut aller trop loin et trop gouverner, mais

(1) Championnière. *Revue de Législation*, t. 17, p. 241.

on le ramena à la raison, et à une juste appréciation de sa situation.

Ainsi l'arbitrage joua son rôle, brillant quelquefois, effacé souvent, déplacé par moments, utile toujours. Il a son histoire, qui, comme toute autre, présente ses périodes de fonctionnement normal, ses périodes de délaissement et ses moments d'apogée.

A l'heure actuelle, il est en faveur, sa reprise est constante et ses résultats appréciables, soit en droit privé, soit en droit public.

II

Exposé sommaire des principes et des règles de la juridiction arbitrale au Code de Procédure Civile. — Plan de l'étude

L'arbitrage volontaire est prévu et réglementé, dans notre droit français actuel, par le Titre unique du Livre troisième du Code de Procédure civile.

Si les abus du droit intermédiaire, qui avait favorisé l'arbitrage outre mesure, ne devaient pas faire perdre de vue, à nos législateurs, tout ce qui se rencontrait de bon, d'utile et de conforme à la liberté, dans le maintien de cette institution ; cependant la crainte de nouvelles ou futures exagérations engendra des dispositions contraintes, qui ne laissent pas de gêner beaucoup l'usage des compromis.

On ne peut s'empêcher de reconnaître que ces dispositions sont conçues dans un esprit un peu étroit, et présentent de sérieuses lacunes. Certaines règles, concernant la faculté de compromettre et les effets du compromis, sont soumises à des restrictions excessives, et aujourd'hui regardées comme surannées ; elles n'ont été reproduites dans aucun des Codes étrangers postérieurs à 1806, et sous les transgressions répétées des particuliers, et la pression constante de l'opinion publique, elles sont destinées à être profondément modifiées, à être corrigées par l'admission de règles plus larges. Au surplus, les critiques, sur ce point, ne s'adressent pas moins à la jurisprudence qu'à la loi.

De même, les conditions requises pour faire fonctions d'arbitre n'ont pas été déterminées.

Encore, on impose, aux arbitres, l'obligation de suivre les règles de la procédure ordinaire ; d'observer les formes judiciaires, lorsqu'ils n'en seront point dispensés. De telle sorte qu'il y a là une cause de critique incessante, lorsque l'intelligence des compromettants n'a pas pris soin de les en affranchir. On ne peut guère penser toutefois que les parties aient voulu obliger les arbitres à cette observation de la procédure, et s'y soumettre eux-mêmes : le plus souvent, en effet, c'est pour se soustraire à ces formes, que les parties ont eu recours à l'arbitrage. Il conviendrait donc, sur ce point, qu'il y ait une plus grande simplicité.

Les auteurs du Code de Commerce étaient allés plus loin : l'arbitrage, dans ce code, fut maintenu forcé, pour les contestations entre associés, par reproduction

des dispositions de l'Ordonnance de 1673 ; mais les articles 51 et sq. qui contenaient ces dispositions ont été abrogés par la loi du 17 juillet 1856, qui a aboli l'arbitrage forcé. — Cependant un article de l'Ordonnance de 1681, sur la Marine, qui était devenu l'article 332 du même Code, et qui prévoit le fonctionnement de l'arbitrage, pour la solution des contestations qui interviennent sur les contrats d'assurances maritimes, a été maintenu et est encore en vigueur.

*
* *

En même temps que la loi a organisé des tribunaux pour trancher les différends de toute nature qui peuvent surgir entre les particuliers, elle leur a permis de soustraire ces mêmes différends, au moins dans une certaine mesure, à cette justice publique, pour les soumettre à une justice privée qu'ils créent de toutes pièces, à des juges de leur choix, à des arbitres. — L'arbitrage est donc une juridiction. La décision des arbitres est obligatoire, tout comme un jugement émané des tribunaux publics, et son exécution en peut être poursuivie, à charge d'obtenir du Président du Tribunal de Première Instance une ordonnance d'exœquatur, estampille officielle qui est d'ailleurs délivrée sans examen de fond. En conséquence, l'arbitrage ne doit pas être confondu avec l'expertise ; la loi elle-même a fait cette confusion dans l'article 429 du Code de Procédure Civile : l'expert donne un avis, auquel, du reste, le Tribunal, qui l'a sollicité, peut n'avoir aucun égard;

l'arbitre rend une sentence, qui vaut jugement. (Cassation Civ., 12 mars 1884, D. P. 1884. 1. 386.).

Il faut également distinguer l'arbitrage et la transaction. Dans la transaction (1), les parties terminent elles-mêmes, ou par mandataires qui les représentent, une difficulté qui les divise, et ce au moyen de sacrifices réciproques : elles se passent de juges, ou mieux elle s'instituent elles-mêmes leurs propres juges. Par l'arbitrage, elles confient le jugement de cette difficulté à une ou plusieurs tierces personnes. (Conseil d'Etat, 19 mai 1893, D. P. 1894. 3. 91.)

En principe, toute personne capable de s'obliger et possédant la libre disposition de ses droits, peut compromettre, c'est-à-dire faire choix de la juridiction arbitrale pour le règlement des difficultés qui l'intéressent. (Art. 1003. Pr. Civ.) Il est bien évident que son adversaire doit être dans les mêmes dispositions de capacité, et dans la même volonté d'avoir recours à la justice privée des arbitres. L'incapacité ou l'absence de pouvoirs suffisants empêchent l'existence du compromis, ou constituent une cause de sa nullité. Pour les personnes qui ne jouissent que d'une capacité

(1) Certains ont appelé ce mode de trancher les litiges : la voie *très sage* de la transaction. Telle n'est pas, tout à fait, l'opinion de Ihering, dans *La Lutte pour le Droit* : « S'il est des cas, dit-il en substance, où la transaction est utile, et susceptible d'encouragement et d'exemple, il en est d'autres où elle constitue une lâcheté ; la lutte pour le droit, quand celui-ci est lésé, constituant à la fois, et un devoir de l'individu envers lui-même, et un devoir de l'individu envers la société ».

limitée à certaines choses, ou qui, pour atteindre la capacité totale et renforcée qu'exige le contrat de compromis, ont besoin de certaines autorisations, de certaines formalités, ou de l'assistance ou du concours d'un tiers, elles ne peuvent compromettre que dans la mesure de leur capacité, ou en remplissant les conditions voulues qui assurent la validité de l'acte qu'elles signent.

En principe encore, on peut compromettre sur toutes les choses qui sont dans le commerce. (Code Civil, art. 6 et 1128). Ainsi on peut compromettre sur une obligation naturelle, sur une chose future (sauf sur les successions non encore ouvertes). Mais certaines contestations, présentant un intérêt supérieur, soit pour la société, soit pour l'individu lui-même, ne peuvent être soumises à l'arbitrage. Ces causes sont visées dans l'article 1004. Procéd. Civ.; ce sont celles concernant les dons et legs d'aliments, logement et vêtements ; les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état; et les contestations qui sont sujettes à communication au Ministère Public. Ces dernières sont mentionnées par l'article 83, Procéd. Civ., qui n'en donne pas, au surplus, une énumération limitative, divers textes prescrivant, dans certaines autres affaires, la communication. (Code Civil, art. 99. — Code Procéd. Civ. art. 249, 359, 498, 764, 805). La solution de ces questions est réservée à l'autorité judiciaire.

Comme nous l'avons déjà remarqué, le Code de Procédure n'a rien dit en ce qui concerne l'aptitude voulue pour être nommé arbitre; il n'a pas non plus dési-

gné les personnes qui pouvaient remplir cette fonction. La doctrine a été obligée de suppléer à ce silence de la loi. Beau champ de discussions. Les uns voulaient exiger, chez l'arbitre, la capacité de s'obliger; les autres, la capacité politique; ceux-là estimaient que quiconque peut recevoir un mandat peut être arbitre, et ils représentent l'opinion la plus générale. Mais de ces systèmes sont sorties des distinctions purement « arbitraires », les uns admettant que les mineurs et les étrangers peuvent être arbitres; les autres écartant les mineurs et toutes les femmes en général; d'autres faisant une exception pour les femmes majeures non mariées, etc.

Ces distinctions sont oiseuses; comment donc, pour les éviter, considérer l'arbitre ? Il n'est pas magistrat; il n'est pas seulement mandataire. D'un côté, il a des pouvoirs exceptionnels : sa décision a l'autorité de la chose jugée; elle emporte hypothèque; elle est exécutoire avec la ratification du juge public; elle fait foi jusqu'à inscription de faux. D'un autre côté, il n'a pas la formule exécutoire à sa disposition; il est souvent dispensé de suivre les formes de la procédure ordinaire ,et de juger selon les règles de la loi; ses pouvoirs sont temporaires ; il est directement payé par les justiciables.

Les fonctions d'arbitres sont donc mixtes : elles tiennent, et du mandat, et de la fonction publique, et c'est en tenant compte de ce double caractère, en regard des principes généraux, que l'on détermine quelles personnes peuvent les remplir : les incapables ne peuvent être arbitres, pas plus que les illettrés, pas plus que

ceux qui sont atteints d'infirmité mentale; on ne peut pas être arbitre dans sa propre cause, et on admet que les parents ou alliés des parties au degré prévu par l'article 283 Procéd. Civ. ne peuvent l'être davantage, sauf la volonté contraire et éclairée des parties. Un tribunal ne peut être pris en entier comme tribunal arbitral, mais un juge, isolément, quel qu'il soit, peut être investi de cette mission. Quant aux étrangers il y a encore discussion. (Vr. Chambéry, 15 mars 1875. D. P. 1877, 2. 93).

Le compromis, acte écrit dont le but est d'investir l'arbitre de ses pouvoirs, et de fixer les limites de sa compétence, est un véritable contrat, soumis aux conditions qui régissent les contrats en général. Il exige, par conséquent, en plus de la capacité spéciale des contractants que nous avons déjà étudiée, leur consentement valide, un objet et une causes licites. Le compromis peut être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée (art. 1005. Procéd. Civ.). Un acte judiciaire ou le consentement en justice, (que prévoyait le Code de Commerce pour l'arbitrage forcé) sont aussi suffisants. Mais le compromis doit nécessairement être constaté par un acte écrit. C'est bien un contrat, mais pour lequel on exige une preuve spéciale : l'écriture. Comme la transaction, il ne peut être prouvé par témoins. Mais l'aveu et le serment pourraient remplacer l'écriture.

Le compromis doit être daté, et la mission des arbitres ne durera que trois mois à partir de cette date, à moins qu'on ne lui assigne un autre délai. (Art. 1007 Proc. Civ.).

D'après les dispositions de l'article 1006, Procéd. Civ., le compromis doit désigner les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité. Ce sont les énonciations nécessaires, mais quantité d'autres sont possibles : délais de la sentence, remplacement des arbitres, étendue de leurs pouvoirs, etc., et toutes clauses qui ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et dont les parties sont convenues. On peut y stipuler notamment une clause pénale pour des circonstances prévues.

Quant aux effets du compromis, il sont à la fois ceux d'un contrat, et d'une action judiciaire : il lie les parties qui l'ont signé, et leurs héritiers majeurs (art. 1013. Procéd. Civ.), et leurs ayants-cause. Il ne peut être révoqué que du consentement de tous les signataires (art. 1008. id.) Il produit la litispendance, et suspend le délai de l'appel, quand il intervient sur un jugement en premier ressort; il arrête aussi le cours de la péremption, etc. Le compromis prend fin selon les causes énumérées à l'article 1012. Procéd. Civ.: décès, refus, déport, empêchement d'un arbitre, expiration du délai légal ou conventionnel ; partage, si les arbitres n'ont pas le pouvoir de s'adjoindre un tiers arbitre.

Elle est, en ses traits généraux, la réglementation de l'arbitrage, sur les points dont l'examen était seul utile pour l'intelligence de l'étude que nous nous proposons. Nous laisserons donc de côté toutes les autres règles posées par le Code. Nous n'avons, en effet, que faire, soit des principes d'après lesquels les arbitres

doivent juger, soit de la procédure à suivre devant eux, soit de toutes les dispositions qui concernent la sentence arbitrale, son exécution, ou les voies de recours qui existent contre elles.

***

Nous avons vu que le compromis impliquait, comme éléments essentiels, et la désignation des objets en litige, et les noms des arbitres, à peine de nullité. L'interprétation et l'application de l'article 1006, Procéd. Civ, qui édicte cette règle, a donné lieu à un conflit très grave et gros de controverses : la solution ne lui est pas encore donnée.

Pour que les conditions de l'article 1006 soient remplies à la lettre, il faut que la contestation existe déjà, au moment où l'on décide de recourir à l'arbitrage pour la solutionner. Mais il arrive — et combien souvent — qu'en l'absence de toute difficulté actuelle, présente, deux ou plusieurs personnes conviennent, en cas de litige entre elles, de s'en remettre à la juridiction arbitrale. Ce n'est pas un compromis; c'est une promesse de compromettre, visant des contestations éventuelles, qui pourraient s'élever, par exemple, sur l'exécution d'un contrat dans lequel on l'insère. On décide simplement, sans plus de détail, d'écarter la compétence des tribunaux ordinaires, et de constituer un tribunal arbitral. Comme on ne sait pas encore s'il y aura litige, on ne peut en fixer l'objet, ni même

désigner les arbitres qui seront appelés à en connaître au moment voulu. On appelle couramment cette stipulation la *clause compromissoire*. Cette clause est-elle valable en présence de l'article 1006 ?

Ne pas admettre cette validité, n'est-ce pas mal interpréter la loi ? L'admettre, n'est-ce pas étendre le domaine de l'arbitrage ? Quelle est l'intention de la loi ? Comment les Tribunaux ont-ils répondu à cette question, et quelles sont les opinions de la doctrine ? Quelle législation sur ce point est celle des autres pays ? Et, débordant le droit interne, quelle est la valeur de cette clause, en droit international, soit privé, soit public ? Autant de faces à envisager, autant de problèmes à solutionner, et non des moins intéressants.

C'est donc à l'étude de la clause compromissoire en ses diverses manifestations, que nous allons nous attacher; et nous nous conformerons au plan qui suit.

Nous définirons la clause compromissoire, et nous examinerons les différents aspects qu'elle revêt, pour mieux délimiter et poser le problème qu'elle soulève.

Pour le résoudre avec plus de facilité et de justesse, nous rechercherons, dans les sources historiques de notre droit — droit romain, ancien droit, et droit intermédiaire — si la clause compromissoire a existé, et quel fût son sort, jusqu'à la législation qui régit actuellement l'arbitrage.

Nous nous appliquerons surtout à dégager l'opinion de la jurisprudence moderne sur ce sujet, de quelles différentes manières elle l'a traité, ses divisions et ses atténuations; nous fixerons l'attitude de la doctrine.

Après avoir étudié la solution de la loi en matière

d'assurances maritimes, que nous mettrons à part, et dont nous tirerons les conséquences utiles, nous passerons à une discussion méthodique des arguments qui, soit dans la jurisprudence, soit dans la doctrine, ont été invoqués pour et contre la clause compromissoire. Et, faisant nôtres ceux qui nous paraîtront raisonnables, admissibles et légaux, rejetant ceux qui nous paraîtront mal fondés, nous essayerons d'en dégager une opinion en harmonie avec les textes, les principes généraux et l'esprit de la loi. Nous essayerons d'édifier une théorie d'ensemble de la clause compromissoire.

Un rapide aperçu sur les législations étrangères nous convaincra de l'utilité d'un changement dans notre législation; et le mouvement suscité par la pratique et l'opinion publique, en dépit des résistances dont il se voit l'objet, nous amènera à l'examen des projets de réforme et des propositions de lois qu'il provoqua.

Enfin, nous ne saurions laisser de côté l'usage que l'on fait de la clause compromissoire en droit international privé, où elle suscite des conflits de lois très compliqués, ni l'appréciation dont elle est l'objet. Et nous nous en voudrions de ne pas montrer, rapidement du reste, le rôle que joue la clause compromissoire dans les rapports des Etats entre eux, et qui va grandissant chaque jour davantage.

CHAPITRE PREMIER

Définition de la Clause Compromissoire
Délimitation et position du Problème

Ce n'est pas sans raison, que certains ont critiqué l'expression *clause compromissoire*, en regard de la convention qu'elle désigne, et par rapport au sens large que l'on donne à ces deux mots.

Au sens littéral, il semblerait qu'il s'agit d'une stipulation par laquelle les parties passent un compromis. S'il en était ainsi, compromis et clause compromissoire se confondraient, formeraient une seule et même chose. Notre vocabulaire serait trop riche. Il ne saurait être question de la validité ou de la nullité d'une telle convention. Il n'y aurait pas de problème. Dès lors, que les parties appellent l'accord intervenu entre elles, et par lequel, renonçant à la juridiction ordinaire des tribunaux, elles attribuent la solution du litige qui les divise à des particuliers de leur choix, que les parties appellent cet accord compromis ou bien clause compromissoire, cela est indifférent. Une seule chose importe, c'est qu'elles aient le droit d'agir ainsi. Ce droit, elles le possèdent, il ne saurait leur être discuté, c'est le principe même de l'arbitrage.

Mais il n'en va pas ainsi.

Le compromis, tel que le vise la loi, suppose nécessairement, pour sa pleine et exacte réalisation, sup-

pose nécessairement un litige né, actuel ; il doit, en effet, contenir la désignation de l'objet de ce litige, et les noms des arbitres dont les parties sont convenues pour le juger. On peut le définir : une convention principale, distincte de toute autre, par laquelle des individus, dérogeant à l'ordre des juridictions établies, soumettent une contestation existant entre eux et qu'ils précisent, à des arbitres ou juges privés, dont ils désignent le nom.

Mais toutes les personnes voulant convenir entre elles de la constitution d'un arbitrage ne sont pas toujours dans le cas voulu par la définition pour passer un tel compromis. Et cependant elles veulent se soumettre à l'arbitrage, sans que le litige soit encore survenu ; sans que leur choix, en ce qui concerne leurs juges spéciaux, soit encore fait. L'accord qu'elles concluront sur ce point sera-t-il un compromis ? leur convention aura-t-elle les mêmes conséquences ? Soit deux personnes signant un contrat quelconque, de société, de vente, de louage : elles stipulent dans ce contrat que toutes les difficultés et contestations qui pourront s'élever entre elles à son occasion, seront réglées par la voie de l'arbitrage. Ont-elles passé un compromis ? Sont-elles dans les conditions requises ? Le litige n'est pas né, il n'existe pas encore ; il n'est pas actuel, il est éventuel : il est déterminé cependant, en ce sens qu'on peut le prévoir lors du contrat, mais les cas dans lesquels il pourra naître, le moment, sont encore inconnus. Les arbitres ne sont pas désignés par leurs noms, ni même par leurs qualités, ni même par leur genre ; on comprend assez qu'il est sage — et pour de

nombreux motifs, — d'attendre que les circonstances rendent cette désignation nécessaire.

Les parties qui ont conclu une telle convention d'arbitrage, en vue d'un litige éventuel sur un objet donné, n'ont point passé un compromis. Elles n'ont pas eu la volonté de constituer, *hic et nunc*, le tribunal arbitral. Cet accord fait partie du contrat qu'elles ont souscrit ; ce n'est pas une convention distincte, qui pourrait produire effet d'une façon indépendante, comme le compromis. C'est donc autre chose que le compromis, c'est donc bien plutôt une promesse d'en conclure un, si l'événement prévu vient à se réaliser, promesse qui oblige les parties comme toute autre clause licite du contrat qui la renferme.

Cette clause n'est pas davantage un compromis imparfait, ou un compromis conditionnel.

Ce n'est pas un compromis imparfait : elle n'a aucun des caractères du compromis, et la volonté, l'intention des parties s'opposent à ce qu'on l'interprête dans ce sens, et comme un compromis où on aurait omis les désignations essentielles.

Ce n'est pas un compromis sous condition suspensive : car, le litige prévu, possible, venant à surgir, la clause ne se trouve pas, par ce seul fait, transformée en compromis. La naissance du procès n'a pas, vis-à-vis de cette clause, les mêmes effets que la réalisation de la condition vis-à-vis d'un contrat conditionnel.

On ne peut donc pas confondre le compromis avec la clause compromissoire ; celle-ci en est absolument distincte.

La clause compromissoire est une convention acces-

soire, adjointe à un contrat, par laquelle les parties manifestent leur volonté d'écarter la compétence des tribunaux publics, et s'engagent à soumettre à des arbitres, par un compromis qu'elles feront au moment voulu dans les formes spécifiées par la loi, les contestations qui s'élèveraient entre elles, sur l'interprétation ou l'exécution de ce contrat.

En plaçant en regard les caractères principaux du compromis, d'une part, de la clause compromissoire, d'autre part, on voit qu'ils diffèrent totalement l'un de l'autre. Le compromis est soumis à des règles déterminées ; il prévoit un procès existant ; la clause compromissoire, de par sa nature même, résiste à une organisation ; elle est stipulée en prévision d'un procès qui peut ne pas s'élever. Le compromis forme une convention isolée, qui se suffit à elle-même ; la clause compromissoire se lie pour l'ordinaire à un autre contrat. Le compromis enfin est l'acte premier d'une procédure spéciale ; la clause compromissoire n'est que la promesse de le faire quand il le faudra. Le compromis est la réalisation pratique de la clause compromissoire : il compose le tribunal, donne leur titre aux juges, et fixe leurs pouvoirs.

Telle est, nous l'estimons ainsi du moins, la portée la plus large de la clause compromissoire. La faculté de se soustraire à la juridiction des tribunaux ne nous paraît pas devoir aller au-delà. Une stipulation, qui aurait pour but de déclarer, d'une manière générale, que toutes les contestations que l'on pourra avoir avec une personne sera soumise à des arbitres, dépasse la portée des conventions permises. L'objet licite, possi-

ble, déterminé, prévu par la loi pour les obligations de toutes espèces, n'existerait pas; alors qu'il existe pour la promesse de compromettre adjointe à un contrat : ce sont les contestations futures sur l'objet même du contrat, qui est parfaitement déterminé.

Mais notre clause, si elle ne peut dépasser les limites que nous lui avons assignées, peut être « imparfaite », si nous pouvons employer ce qualificatif ; elle revêt alors la forme d'une convention qui n'est plus la promesse large de compromettre, et qui n'est pas complètement le compromis, parce qu'elle contient seulement une des deux désignations indispensables pour sa constitution, et ce, d'une façon plus ou moins large, ou avec certaines modalités. Examinons ces cas, sur lesquels nous n'aurons plus à revenir : la définition que nous avons donnée, ainsi mieux dégagée, le problème à résoudre en sera simplifié.

Il peut d'abord arriver que les parties à un contrat décident, que les contestations auxquelles il pourra donner lieu, seront déférées à des arbitres, que, d'ores et déjà, elles désignent nominalement. L'objet du litige n'est point précisé, et pour cause ; mais les arbitres sont déjà choisis. Ce n'est pas une clause compromissoire complète, ce n'est pas un compromis parfait : c'est une stipulation boiteuse, en quelque sorte ; que vaudra-t-elle ? Théoriquement, elle est valable. Les parties qui l'auront faite en éprouveront peut-être quelques inconvénients, par exemple, pour le remplacement de l'arbitre dont le décès surviendrait avant le procès ; ou par danger de prévention et de corruption du juge, celui-ci étant à la fois, et connu d'avance, et

payé par les parties. Et nous ne pouvons pas ne pas remarquer la supériorité pratique de la clause compromissoire pure et simple, franche dans toute son ampleur, sur toutes ces conventions composites, qui se rapprochent davantage du compromis : dans son application, on ne connaît les juges qu'au moment nécessaire. Et on pourra les choisir avec la compétence spéciale que la nature du procès pourrait demander.

Mais revenons à la convention « boîteuse » : elle devrait produire effet. Quoique bien différents, on rapproche souvent la transaction et l'arbitrage, car leurs différences n'empêchent pas une certaine affinité : dans les deux cas, on se passe de juges officiels. Or, aux termes de l'article 2044 du Code Cvil, il est permis de transiger dans l'éventualité d'un procès qui pourrait naître. On doit donc pouvoir compromettre, devant des arbitres immédiatement désignés, sur des procès possibles et que l'on prévoit ; on doit pouvoir, à l'avance, choisir le moyen de les liquider. Et nous ne faisons que nous conformer à l'opinion de Merlin, qui est cependant un adversaire déclaré de la validité de la clause compromissoire : « Pour qu'une contestation, dit-il, puisse être la matière d'un arbitrage, il n'est pas nécessaire qu'elle soit actuellement née ; il suffit qu'elle puisse naître ; comme il suffit qu'un différend soit possible, pour que, sans le désigner spécifiquement, on puisse en faire la matière d'une transaction. » (1)

---

(1) Merlin. *Questions de Droit.* V° *Arbitre*, § 15, p. 575.

Il peut encore se produire, que les parties déclarent que les contestations à venir sur l'exécution de l'acte qu'elle signent, seront jugées par des arbitres, qu'elles choisissent, non pas nominalement, mais dans un ordre déterminé de personnes. L'objet de l'arbitrage n'est pas connu, et les arbitres ne le sont que par leur qualité.Cette convention recevra-t-elle son effet ? Pourquoi pas, répondra-t-on ; puisqu'on peut, dans un exploit, valablement constituer le plus ancien des avoués exerçant auprès d'un tribunal ; puisqu'on peut encore, pour une opération quelconque de banque, investir de son mandat le plus ancien des agents de change ; puisqu'enfin la loi n'interdit pas les procurations en blanc données à des titulaires inconnus. Dans ces différents cas, et dans d'autres de semblable espèce, et très nombreux, spécialement par le mandat, ne donne-t-on pas des pouvoirs plus étendus, que ceux que l'on donne dans cette clause compromissoire ? La jurisprudence a eu l'occasion de la valider (V. Cassation, 17 mai 1836, D. P. 1836. 1. 359. — Colmar, 21 juin 1841, D. P. 1842. 2. 183.)

Voici enfin un troisième aspect de la clause compromissoire, plus large que les deux précédents, mais n'atteignant pas encore la généralité de celle dont nous avons l'intention de nous occuper spécialement. Les parties ont convenu dans le contrat, de déférer la nomination des arbitres à une tierce personne : tel particulier, tel fonctionnaire, tel maire, tel juge, tel tribunal, etc... On peut aussi faire application de cette convention au cas d'un litige déjà existant. Sera-t-elle reconnue valable, soit dans un cas, soit dans

l'autre ? On dit : tout individu peut exercer ses droits par soi-même, ou par l'intermédiaire d'autrui ; tout individu peut conférer à un autre le pouvoir de compromettre en son nom. Ne peut-il, *à fortiori*, lui conférer seulement le pouvoir de désigner les arbitres : qui peut le plus, d'après le dicton, peut aussi le moins. Et si les volontés des contractants sont en parfait accord, où sera la difficulté ? Si chacun d'eux n'a fait que ce qu'il était en droit de faire, les deux réunis n'ont pas outrepassé la loi. Cette délégation n'existe-t-elle pas dans le Code de Procédure lui-même ? Si on interdit ce mode de procéder, où est la logique ? Car l'article 1012 dispose : « le compromis finit : 1°) par le décès, déport ou empêchement d'un des arbitres, s'il n'y a clause... que *le remplacement sera* au choix des parties, ou *au choix de l'arbitre* ou des arbitres restants... ; 3°) par le partage, *si les arbitres n'ont pas le pouvoir de prendre un tiers arbitre.* » Donc, on peut le leur déléguer, car l'article 1017 dit de même qu'en cas de partage, *le tiers arbitre sera désigné par les autres arbitres, s'ils y sont autorisés ; mais que, s'ils ne s'entendent pas, il sera nommé par le Président du Tribunal.*

Par analogie, cette clause compromissoire spéciale doit être admise en sa validité.

Tels sont les trois aspects « diminués » de la clause compromissoire. Nous avons tenu, aussi rapidement que possible, à les examiner, pour mieux préciser, comme nous l'avons dit, l'objet de notre étude, qui ne portera pas ainsi sur un cas spécial, mais sur la clause compromissoire en général, dans toute la pureté et l'ex-

tension qu'elle peut avoir d'après la définition proposée.

Les parties à un acte ont donc décidé que toutes contestations à lui afférentes seront réglées par la voie de l'arbitrage. Le jour où la difficulté va naître, que se produira-t-il ?

Si les parties renoncent à se prévaloir de la clause, tion et passent compromis, l'exécution couvre leur acte ; la jurisprudence, quoiqu'opposée à la validité de la clause compromissoire, reconnaît pour valable cette exécution, et la sanctionne en refusant l'action à celle des parties qui veut l'attaquer.

Si les parties renoncent à se prévaloir de la clause, elles effacent leur accord précédent par un accord nouveau : c'est une sorte de résiliation de l'obligation.

Si les parties sont en opposition, l'une voulant le jugement par arbitre, l'autre refusant de s'y soumettre, qu'adviendra-t-il ? La partie qui refuse peut-elle être contrainte par l'autre à exécuter son engagement ? à passer compromis ? à désigner son arbitre ? s'il ne doit y en avoir qu'un seul, peut-on le lui imposer ? La partie qui respecte l'engagement a-t-elle un moyen d'action ? Cette convention d'arbitrage constitue-t-elle, en dehors de l'acte qui la contient, un de ces contrats innommés, qui donnent naissance à une obligation de faire, sanctionnée par le droit commun ? Le Tribunal, saisi d'une telle question, doit-il accueillir l'exception d'incompétence qui lui sera proposée par la partie qui veut s'en tenir à la convention ? doit-il la repousser ? La clause compromissoire est-elle reconnue valable par la jurisprudence ? Est-elle valable en elle-même ?

Pour arriver à une réponse plus satisfaisante, et à une appréciation plus exacte de la valeur de la clause compromissoire, et de l'opinion de la jurisprudence sur ce point, il convient d'abord de remonter à quelques notions historiques, propres, par leur résultante, à nous faire saisir l'esprit de notre législation en toute cette matière, et à éclairer ainsi la solution du problème.

CHAPITRE II

HISTORIQUE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

I

Droit Romain

A Rome, l'arbitrage jouissait d'une grande faveur ; des règles spéciales l'organisaient et le réglementaient.

La loi des Douze Tables contenait cette disposition : que les parties ne parvenant pas à s'accorder, les familles devaient s'entremettre pour terminer le différend. D'après la même loi, les contestations entre voisins, au sujet des limites de leurs champs, étaient jugées par trois arbitres que leur assignait le prêteur.

La première de ces dispositions vise plus particulièrement la médiation, l'arrangement.

La seconde vise bien l'arbitrage, mais un arbitrage spécial qui n'est pas tout à fait celui qui nous occupe : il s'en rapproche cependant ; il en est une suite ; leurs rapports sont très étroits, et l'on peut leur découvrir une commune origine. On voit là une des phases de transition, un d'entre ces changements par lesquels, l'arbitrage servant d'intermédiaire, s'effectua le passage de la justice privée à la justice publique.

Sous l'empire de la procédure formulaire, l'instance,

organisée, liée *in jure* devant le magistrat. est tranchée *in judicio* par une autorité différente : la cause est déférée à un juge unique, *juré*, *arbiter* (dans certains cas il y en a plusieurs). Cet *arbiter* est librement choisi par les parties si elles sont d'accord ; sinon, il est pris sur une liste dressée à l'avance, et dont chaque membre est successivement proposé par le demandeur au défendeur, jusqu'à ce que celui-ci en accepte un. « Ce nom d'arbitre paraît étymologiquement désigner plutôt un juge qui se transporte sur les lieux du litige.Son second sens, plus large, a pu venir des pouvoirs d'appréciation qui lui étaient déférés » (1). On voit de suite l'analogie qui se révèle entre ces arbitres-juges, choisis par les parties, à la suite de la liaison du procès sous la surveillance du magistrat, arbitres-juges qui étaient chargés de vérifier les faits et prononcer leur sentence, et les arbitres choisis amiablement par les parties, sans aucune comparution devant le magistrat. La justice publique, encore à l'état naissant, dérive bien directement de l'arbitrage : elle en est le contrôle officiel, elle le formalise, l'enchâsse dans le moule de la forme. La confusion cesse : la distinction des deux branches s'affirme : elles iront désormais de pair, soumises à des règles différentes.

Laissant de côté les arbitres-juges, désignés par la justice publique, et qui sont en grand nombre, de noms divers selon leurs fonctions, selon les cas soumis à leur

---

(1) Girard. *Traité de Droit Romain.*

compétence spéciale, nous nous occuperons uniquement de ceux qui étaient les instruments de la justice arbitrale, au sens où nous l'entendons principalement, et des principes et des règles qui régissent cette matière.

Le *receptum arbitrii* tenait, à Rome, la même place que notre compromis actuel. C'est la convention conclue entre des particuliers et un arbitre privé (*arbiter compromissarius*), par laquelle ce dernier se charge de trancher un litige existant entre eux. Pour les parties, cette convention est un simple pacte ; le prêteur ne le sanctionne par aucune action ; il n'engendre qu'une obligation naturelle. Pour rendre ce pacte obligatoire, pour transformer l'obligation de naturelle en civile, il fallut — jusqu'à Justinien — lui adjoindre un contrat verbal : une stipulation. Par ce contrat, les parties s'engageaient à respecter la sentence de l'arbitre, et se promettaient mutuellement une somme, ou un objet déterminé, pour le cas où l'une d'elles ne s'en tiendrait pas à la décision rendue. Cette *peine*, pouvait être d'une valeur plus forte que celle de l'objet qui avait donné lieu à la contestation. Elle pouvait aussi être d'une valeur correspondante à l'intérêt de chaque partie dans l'exécution de la sentence, *quanti ea res erit*. Sans stipulation, pas d'exécution possible (1). « De ces stipulations, naissaient une *condictio certi* ou l'*actio ex stipulatu*, suivant que la peine convenue était un objet certain ou incertain. Si la peine n'était

(1) *Digeste*, L. 2. — De Receptis : « *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed pœnæ petitionem* ».

pas expressément stipulée, et que les parties eussent seulement promis d'obéir à la sentence, celui qui n'acceptait pas la décision des arbitres était tenu, par l'action *ex stipulatu* de payer une valeur équivalente à celle de l'objet en litige, comme si on eût ajouté la clause *quanti ea res erit*, qui était alors sous-entendue ».

Les parties pouvaient encore, sans recourir aux formes de la stipulation, faire un compromis valable : chacune déposait entre les mains de l'arbitre un objet, une somme ou une valeur quelconque, pour être remise à la partie qui aurait gain de cause, ou, à titre de peine, à celle qui ne pourrait obtenir l'exécution. Par cette remise, le pacte devenait obligatoire ; il devenait un contrat réel, *re perfectus*, donnant naissance à l'action *præscriptis verbis*.

Aucun recours n'était possible contre la sentence.

Quant à l'arbitre, on ne pouvait d'abord le forcer à accepter sa mission. Et même, quand cette acceptation avait eu lieu, on ne pouvait encore pas l'obliger à rendre sa sentence. L'intérêt public cependant, la loyauté, l'équité nécessitaient une sanction pour l'engagement qu'il avait pris. Le prêteur déclara, dans l'Edit, qu'il contraindrait l'arbitre à s'exécuter. Mais il n'agit pas en créant contre lui une action, il intervint seulement par des moyens administratifs (1).

Ainsi donc, le compromis existe, est reconnu ; mais par lui-même il n'a aucune force. Il l'emprunte toute aux diverses conventions que les parties y joignent. Ce

---

(1) *Digeste*, L. 8. — De Receptis, 32. 12.

fait futur en vue duquel interviennent ces obligations éventuelles, cette sentence de l'arbitre, les plaideurs n'ont rien en leur pouvoir pour en assurer l'accomplissement ; il faut, à certaines conditions, que le prêteur intervienne. C'est dans ces contrats divers, et dans ces injonctions, et non pas dans l'autorité de la sentence, que cette obligation prend sa source.

Toute cette procédure arbitrale était, comme on le voit, bien complexe. L'institution, si simple dans son principe générateur, s'était petit à petit déformée par une superposition des conditions et des stipulations nécessaires à son fonctionnement ; elle avait perdu tous les traits distinctifs de sa physionomie. A partir d'une certaine époque, certes, dès la fin de la République, et sous l'Empire, où les relations du peuple romain, s'étendaient à tout le monde connu, où les rapports commerciaux étaient devenus innombrables, considérables et exigeaient des conventions et des affaires conclues et traitées rapidement, liquidées facilement, les formalités excessives de l'arbitrage ne présentaient plus aucun avantage spécial par elles-mêmes. Malgré tout, tant que dura la République, tant que les Romains purent jouir d'une parcelle de liberté, cette juridiction arbitrale fut en honneur : elle était d'usage immémorial, et s'adaptait mieux par son caractère, le choix des juges étant laissé au soin des justiciables eux-mêmes, au tempérament, aux mœurs noblement égalitaires d'une nation fière et libre.

Après, l'arbitrage fut peut-être tombé à l'abandon, si des facteurs nouveaux n'étaient venus lui conserver son lustre, et lui donner l'occasion de durer.

Nous avons vu, en effet, que l'état de l'institution dut toujours dépendre de la situation de la justice organisée. Dès les premiers temps de l'Empire, les particuliers eurent à souffrir de son absolutisme ; le fonctionnarisme marchait vers sa réalisation, la plus absolue, la plus complète qui devait être jamais ; la confiance était partout détruite ; le favoritisme partout installé ; aucune garantie ; la crainte et l'insécurité communes à tous. La justice publique, aux mains des premiers affranchis venus, instrument du prince, allait perdant son prestige, arbitraire et violente, affaiblie et « gangrenée », vénale à l'excès. Les hommes d'affaires, comme il arrive dans les sociétés travaillées par une désagrégation générale, pullullaient, retors, cupides et sans scrupules. La décadence se faisait pressentir ; on allait vers elle à grands pas. Alors les particuliers fuyaient les tribunaux, leurs enquêtes, leurs auxiliaires, leur contact qui pouvait perdre. L'arbitrage bénéficia de cette désertion, et ses inconvénients disparaissaient, tenus pour rien en comparaison des dangers véritables qu'on aurait courus en s'adressant à la justice publique.

Et puis, un autre facteur était en jeu qui aida au maintien de l'arbitrage. Cette justice amiable, privée, cachée, convenait parfaitement aux mœurs si douces du Christianisme naissant ; il répondait bien au genre de vie que les premiers Chrétiens étaient obligés de mener. Les évêques, pasteurs de leurs troupeaux, jugeaient les différends entre leurs fidèles. Ils étaient des arbitres naturels, tout trouvés ; et ce rôle conciliateur s'accordait à leur mission sacerdotale, leur of-

frant en même temps un moyen de conserver leur influence morale et directrice. Aussi ce rôle de l'évêque fut-il très important : « Les dépôts des fidèles, les testaments, la tutelle des pupilles, les procès, toute l'administration, en un mot, de la communauté, lui sont confiés. C'est un magistrat, à côté de la magistrature publique. » (1).

Et lorsque Constantin d'abord, Arcadius et Honorius ensuite, décidèrent que les sentences arbitrales émanant des évêques seraient exécutées, en vertu d'une ordonnance des juges publics, ils ne firent que donner une sanction légale à un usage depuis longtemps établi. (2)

Les modes anciens subsistèrent ainsi jusqu'au VI^e^ siècle. A cette époque, Justinien, faisant codifier les constitutions en vigueur, fit aussi refondre et réformer les Codes existants, et des modifications heureuses furent apportées dans la matière de l'arbitrage.

Justinien établit en effet que la convention d'arbitrage et la sentence rendue étaient obligatoires pour les parties, d'abord, quand elles avaient compromis sous la foi du serment, et que l'arbitre avait juré de juger *cum omni veritate ;* l'obligation ainsi contractée

---

(1) Renan. *Marc-Aurèle*, p. 586.

(2) « Les empereurs ont d'abord établi les évêques arbitres nécessaires des causes entre les clercs et les laïcs ; ils décidaient sans procédure les affaires ecclésiastiques qui étaient portées à leurs tribunaux, et ils n'étaient regardés alors que comme des arbitres et d'amiables compositeurs. (Héricourt, *Lois ecclésiastiques de France*, p. 18, 91 et 131, édit. de Paris, 1748).

avait pour objet direct l'exécution de la sentence ; elle puisait sa force dans le serment : il en naissait l'*actio in factum*, ou la *condictio ex lege*, ou l'*actio in rem utilis* (1) ; ensuite, quand, la sentence une fois rendue, les parties lui avaient donné une adhésion écrite, ou ne l'avaient pas attaquée dans les dix jours. Ce second cas subsista seul dans le droit des Novelles. (2)

*
* *

Ainsi donc, l'arbitrage était très pratiqué à Rome, et le compromis d'un usage courant ; et ainsi qu'on s'en rend facilement compte, le pivot de la théorie romaine fut la stipulation de peine. Ces deux points posés, est-il trop audacieux de prétendre que la clause compromissoire était connue ; qu'elle était employée, et que cette stipulation de peine servait justement à son application et au respect de l'engagement qu'elle engendrait ? Peut-on, avec assurance, dire qu'elle était valable ?

Pour soutenir que la clause compromissoire ne pouvait être valable sous l'empire des lois romaines relatives à l'arbitrage, on a mis en avant plusieurs textes

---

(1) C..., 2, 55. De Receptis, 4, abrogé par la novelle 82, c. 11, interdisant le serment en pareille matière.

(2) C..., 2, 55. De Receptis, 5.

Le Code de Justinien visait l'arbitrage des évêques en matière civile (L. 7. *De episcopali audientia, cum notis Gothofredi*) : les laïques pouvaient *in episcopum quasi arbitrum et cognitorem compromittere : ejusque judicium firmum erat.*

du *Digeste*, au titre *De Receptis arbitriis*. Il suffit de les lire pour voir clairement qu'on ne peut en tirer aucun argument en faveur de la thèse qu'on prétend leur faire servir. (1).

La loi 32, § 11, dispose : *Arbitri enim potestas ipso compromisosso coercetur, ita ut ejus fines egredi non liceat.* Et on dit alors : si le pouvoir de l'arbitre dérive du compromis lui-même, et s'il ne doit pas dépasser les limites qu'on lui assigne dans ce compromis, comment les parties pourraient-elles valablement, par une convention qui, dans leur pensée, n'est pas un compromis, n'en remplit pas le but, comment pourraient-elles décider que des contestations futures, qu'elles ne connaissent pas, seront soumises à des juges qu'elles ne désignent même pas ! Mais il n'est rien de semblable dans ce texte. Il signifie que l'acte appelé compromis donne à l'arbitre, en quelque sorte, l'investiture de ses fonctions et détermne ses pouvoirs, afin qu'il ne puisse les outrepasser et commettre des abus. Qu'y a-t-il là qui soit contraire à la clause compromissoire ? Ce texte peut très bien co-exister avec elle, être appliqué en face d'elle : il lui sert de complément, et règle son mode d'exécution.

La même loi 32, en son § 15, dispose encore : *sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum ; nec enim aliud illi licebit quam quod ibi ut efficere possit cautum est, non ergo quodlibet statuere*

---

(1) V. Garsonnet, t. VIII, p. 385 et Bourbeau, t. II, p. 519.

arbiter poterit, nec in re qualibet nisi de qua re compromissum est, et quatenus compromissum est. L'arbitre ne peut connaître que de l'objet de la contestation qui est indiqué dans le compromis, et qui y est indiqué nécessairement, et dans la mesure où il est indiqué. Il ne résulte pas de cette décision que la clause compromissoire est prohibée, et pas plus que la précédente on ne peut l'invoquer à son encontre. Au moment où la promesse de compromettre devra être réalisée, le compromis désignera l'objet précis du litige.

La loi 46, au même titre, dit : *De his rebus et rationibus, et controversiis judicare arbiter potest, quæ ab initio fuissent inter eos qui compromisserunt, non quæ postea supervenerunt.* L'arbitre n'a pas compétence pour les difficultés qui surviennent après le compromis. On ne peut pas plus en déduire : la clause compromissoire est nulle. Il n'y a aucun rapport entre les deux choses. Le compromis, passé en vertu de la clause, suivra les mêmes règles que le compromis ordinaire, passé par les parties pour régler un différend, sans qu'ils soient obligés à le faire en vertu d'une convention antérieure.

Rien dans la législation romaine ne permet donc de dire que la clause compromissoire était interdite. Tout porte à croire, et à affirmer sans présomption d'erreur, qu'elle était d'un usage fréquent et validée comme toute autre convention non contraire aux lois. La *stipulatio pœnæ*, pivot de la pratique arbitrale, pouvait être adjointe à n'importe quel contrat, à n'importe quelle convention. L'arbitrage étant vu avec faveur, avec une très grande faveur même, n'était-il pas loi-

sible d'en convenir à l'avance, et de sanctionner cette promesse d'arbitrage par la stipulation de peine ?

Quand toute organisation judiciaire croulait sous des lois néfastes (lois de Caïus Gracchus), les tribunaux étant livrés à l'anarchie, nul doute que l'arbitrage jouait un grand rôle. Et auparavant « dans l'ancienne république aristocratique, les plébéiens durent se servir du compromis pour éviter les juges praticiens. » (1) Non seulement du compromis, dirons-nous, mais surtout de la clause compromissoire, avec adjonction de *stipulatio pœnæ*, car, par le compromis seul, indépendamment de toute promesse antérieure inscrite au contrat, ils n'eussent pas pu se soustraire à volonté à la justice organisée. Le litige né, leurs cocontractants, s'ils n'étaient pas déjà liés, pouvaient refuser le compromis ; alors qu'il devenait obligatoire avec une convention anticipée d'arbitrage sanctionnée par une *pœna*.

Et beaucoup plus tard, les empereurs ne décidèrent-ils pas que les évêques seraient arbitres *nécessaires* des causes entre clers et laïcs. En présence de cette obligation, de cet *arbitrage forcé*, comment pourrait-on soutenir avec quelque raison, qu'elle était nulle, la convention qui avait pour but de s'y rapporter par avance ? Et en raisonnant par analogie, le procédé n'ayant rien de contraire aux lois, ne peut-on pas en déduire que les parties pouvaient, dans tous les cas,

(1) Declareuil. Thèse. Paris, 1887, p. 56.

par l'effet de leur volonté, se soumettre à cette règle, qui, dans certains cas, leur était imposée.

En regard des textes invoqués par ceux qui estiment que la clause compromissoire n'était pas valable en droit romain, on peut placer d'autres textes, donnant certains avantages et certaines facilités à la justice arbitrale. La loi 21, § 6, livre 4, titre 8, au *Digeste : De Receptis*, tirée d'Ulpien, peut être traduite en ces termes : « Un compromis est plein et entier quand il porte sur les affaires et les contestations, car alors il renferme toutes sortes de contestations. » Il n'était donc pas toujours nécessaire d'exprimer dans le compromis, d'une manière exacte, l'objet précis du litige soumis à l'arbitre. N'y a-t-il pas dans ce texte une grande élasticité, qui rapproche singulièrement *le compromis qui porte sur les affaires et les contestations*, d'une vraie clause compromissoire ? Qu'importe le nom, si la chose existe en réalité ?

Enfin nous trouvons encore au *Digeste* (L. 76 à 80, *Pro socio ;* L. 7, *De contrah ;* L. 75, *De Legatis*), qu'un arbitre pouvait être nommé dans les contrats, à l'effet de donner son avis sur les différends qui pouvaient en naître : c'était l'*arbiter in contractibus adjectus*. Quelle différence y avait-il entre cette disposition du contrat et la clause compromissoire, tout au moins dans deux aspects particuliers sous lesquels nous l'avons étudiée plus haut, qaund on indique que les difficultés issues du contrat seront jugées par un arbitre qu'on désigne nominalement, ou par sa qualité?

II

Ancien Droit

L'arbitrage passa du droit romain dans la loi des Visigoths, qui en conservèrent la pratique, et nous la transmirent à leur tour (1).

Les statuts de Montpellier, confirmés en 1204 par Pierre II, roi d'Aragon, contiennent un article qui donne la même autorité à ce qui est fait devant arbitres qu'à ce qui est fait « en la Cour ».

La coutume de Normandie connaît la juridiction arbitrale. (2).

Les *Conseils* de Pierre Desfontaines, contiennent, dans un de leurs chapitres, soixante-quatorze articles

---

(1) *L. Visigothorum*, liv. 4, tit. 2, ch. 14 et 26 : *Dirimere causas nulli licebit, nisi aut a principibus potestate concessa, aut ex consensu partium electo judice, trium testium fuerit electionis pactis signis, aut suscriptionibus roborata.*

(2) Un arrêt de la Cour de Cassation, du 17 juin 1812 (D. J. G., V° *Arbitrage*, n° 13 *in fine*), en fait mention ; il décide que le droit de nommer les arbitres peut être exercé par les tribunaux, lorsque les parties qui les avaient nommés contestaient leur procès-verbal : *Attendu*, dit l'arrêt, *qu'il a été satisfait aux dispositions de la Coutume de Normandie*, par deux évaluations successives des parents arbitrateurs, à l'égard des revenus de la succession de Charles Gauthier, père commun des parties... : Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour Impériale de Caen, du 21 août 1810.

qui ne sont que la traduction des lois du *Digeste*, au titre *De Receptis*. Le compromis, c'est la *mise*, dont parlent tous nos vieux jurisconsultes : « Mise, dit Desfontaines, est ramenée à la semblance des jugements et appartient à finir les plez. » (1)

L'arbitrage devait prendre un grand développement tant sous l'influence du droit canonique que sous celle du Droit Romain.

Les membres du clergé étaient très souvent choisis pour arbitres, par les laïcs, à cause de leur connaissance des règles de cette institution, que le droit canon recommandait toujours, et prescrivait même en matière ecclésiastique. Comme nous l'avons déjà dit, c'était une très vieille coutume de l'Eglise de faire juger les différends par les évêques. Elle remontait tout aux premiers siècles ; et elle avait reçu la reconnaissance formelle des empereurs. Un canon du IV^e^ Concile de Tarascon recommandait aux fidèles l'usage des arbitrages, sauf pour les causes criminelles (2). En effet, l'Eglise ne pouvait, malgré sa puissance qui attirait devant ses tribunaux une grande partie des procès, laisser échapper la pratique de l'arbitrage, qui lui en apportait de nouveaux. En ce qui concernait les ecclésiastiques, les conciles leur interdisaient de plaider. Et l'on voit Charles IX demander au Concile de Trente « que l'on obligeât les ecclésiastiques, qui se disputeraient des bénéfices, de compromettre devant les ar-

(1) *Conseils*, Chapitres 18 et 19.

(2) Canciani. IV, Lex. Rom., p. 69.

bitres qu'ils nommeraient, et, à faute d'en nommer, que les évêques leur en nommassent. » (1)

Au surplus, l'arbitrage s'adaptait bien aux mœurs du Moyen-Age. Les jugements étaient alors rendus par les Hommes de fief, *probi homines*, qui jugeaient comme des arbitres *ex æquo et bono* ; et ces derniers ne différaient d'eux, qu'en ce qu'ils étaient directement et librement choisis par les parties, comme dans la Rome antique.

Quand fut aboli le jugement par les pairs, sous la morsure cnostante des justices seigneuriales, celles-ci prirent définitivement le dessus, et firent leur « chose » de l'administration de la justice. Le droit de la rendre était devenu propriété privée ; et « les justices étaient réputées vray héritage au moyen du fruict, prouffit et émolument qu'on perçoit d'icelles, à cause des adjudications d'amende, confiscations et autres droicts » (2). Elles furent le plus grand ennemi de l'arbitrage. Elles devinrent toutes puissantes, et s'employèrent à briser tout ce qui résistait à leur maintien et à leur domination, luttant contre les légistes et les mesures qu'ils provoquèrent, s'appliquant à rendre inefficaces toutes réformes, résistant aux ordonnances royales. Elles eurent de dignes successeurs dans les corps judiciaires des Parlements.

Les principes du droit romain, avons-nous dit, do-

---

(1) M. du Conc. de Tr., p. 378. — D'après Declareuil, *loc. cit.*

(2) Basquet. *Droits de Justice*, Chap. 8, n° 8.

minaient notre ancienne législation en matière d'arbitrage, et l'on suivait les règles du *Digeste*. La stipulation de peine était très employée, sans être essentielle; on la rencontrait presque toujours dans les conventions d'arbitrage ; la preuve en est facilement tirée de ce qu'on appelle habituellement le compromis : *mise*, et les parties : *miseurs*. La sentence n'était pas susceptible d'appel, et son autorité était irrévocable. C'est contre ce dernier principe, que les juges ordinaires, dont il ne favorisait pas l'intérêt, coalisèrent leurs efforts ; c'est à la destruction de cette règle qu'ils s'acharnèrent. Si la sentence arbitrale eût été susceptible d'appel, ils n'eussent pas mené si grande campagne. A une époque où la forme était si compliquée, où les procédures s'entassaient les unes sur les autres, pour le malheur des plaideurs et le grand bénéfice de leurs conseillers et mandataires, qu'importait un échelon de plus ou de moins pour arriver au faîte ! L'arbitrage n'aurait été qu'un degré ajouté aux autres, et aurait alors joué, mais avec d'autres caractères et d'autres conséquences, un rôle analogue à celui de notre conciliation actuelle. La cause n'eût point échappé à ceux qui en devaient connaître, bien mieux : elle en eût été embrouillée, et c'était bien la meilleure chose qu'il pût y avoir pour un procès ! C'est à ce but qu'on tendit. Cet arbitrage libre et moins coûteux, on en modifia les règles qui portaient jalousie aux justices ordinaires ; il fut une procédure de plus à ajouter aux autres.

Le moyen que l'on employa fut celui-ci : les juges ordinaires, propriétaires exclusifs de leurs justices,

ouvrirent devant leurs tribunaux un accès toujours plus large et plus facile « aux plaideurs toujours disposés à protester contre la sentence qui les condamne ». Dès le temps de Beaumanoir l'appel devant les juges ordinaires était en usage. Comme bien l'on pense, son emploi ne fit que se multiplier. Celui que la sentence condamnait ne manquait pas d'y recourir, et ainsi les justices finirent par connaître de tous les cas d'arbitrage. Et il s'établit — l'intérêt des justiciers l'emportant sur le respect des conventions, — que l'appel était possible même quand les parties y avaient renoncé dans le compromis. On tenait cette renonciation pour nulle, tout simplement, et l'appel était toujours recevable (1). Ainsi, institué et conservé pour terminer les procès à l'amiable, en dehors des justices, l'arbitrage était devenu « le premier pas seulement dans la voie judiciaire ».

La royauté prit certaines mesures pour ramener l'arbitrage à une pratique plus conforme à ses principes, et empêcher les abus qui se produisaient par suite d'appels *successifs*. Le premier Etablissement (2) de décembre 1363, portait en son article 2 : « Si quelqu'un appelle de la sentence d'un arbitre ou d'amiable compositeur au jugement d'un honnête homme, il ne pourra pas porter cet appel au Parlement. » Mais justices et parlements étaient plus forts que les établissements royaux, et ceux-ci voyaient leurs règles

(1) Bouteiller. *Somme rurale*, livre 2, titre 3.

(2) On appelait à cette époque Etablissement, une Ordonnance royale.

transgressées : l'appel était quand même accueilli. Une ordonnance de juin 1510, sur la réformation de la justice, portait en son article 34 : « En cas d'arbitrage, il y aura recours au juge ordinaire, mais l'exécution sera préalable. » On avait donc renoncé au moyen inefficace d'interdire directement l'appel, et on tentait d'une exécution « provisoire », pour ainsi dire, qui forcerait le plaideur mécontent à réfléchir plus longuement avant de s'engager dans un nouveau litige et de nouveaux frais. On essaya aussi, quand la clause pénale avait été stipulée au compromis, de la faire exécuter, au préalable, par l'appelant. L'article 30 du chapitre 16 de l'Ordonnance de 1535 voulait que, si l'avis des juges ordinaires était semblable à celui des arbitres, la voie de l'appel contre le nouveau jugement ne fut ouverte à la partie qu'autant qu'elle aurait satisfait à la *stipulatio pœnæ*.

On s'arrête aussi avec intérêt à l'Edit d'août 1560, inspiré par le Chancelier de L'Hospital, sur l'exécution des sentences arbitrales, qui veut « que nul ne soit reçu appelant d'une sentence émanée d'arbitre arbitrateur, ou amiable compositeur, que préalablement, elle ne soit entièrement exécutée, tant en principal et dépens qu'en l'appel, si peine y a été apposée, sans espérance d'icelle peine recouvrer, ores que la sentence fut infirmée en tout ou en partie. » Ici c'était plus grave pour l'appelant irréfléchi, et cette véritable amende de foi appel restait toujours à sa charge, qu'il ait ou non gain de cause.

Dans un autre ordre d'idées, des ordonnances qui suivirent s'occupèrent aussi de l'arbitrage. Successive-

ment un autre Edit d'août 1560 ; une Ordonnance de février 1566, délivrée à Moulins sur la réforme de la justice ; l'Ordonnance de janvier 1629, dite Code Michaud, renvoyaient à des arbitres tous différends entre marchands, pour faits de leur commerce, les demandes de partage et les comptes de tutelle et d'administration : l'appel n'était permis que la sentence une fois exécutée.

On voit dans toute cette réglementation que l'arbitrage était vu avec faveur par les Ordonnances. Les mesures, qui y étaient prévues, tentèrent en partie de substituer la justice arbitrale aux longues et coûteuses procédures des justices ordinaires. Mais elles ne purent rendre tous les services qu'on était en droit d'en retirer, parce qu'on ne put jamais les mettre complètement en pratique. Des causes diverses, extrinsèques et intrinsèques, amenèrent ce résultat. D'une part, elles rencontrèrent, comme nous l'avons vu, la plus vive et la plus opiniâtre résistance chez tous les corps judiciaires constitués et chez leurs auxiliaires. D'autre part, on ne donna jamais aux sentences arbitrales la force exécutoire.

Il faut encore mentionner les articles de l'Ordonnance de mars 1673, sur le Commerce, qui concernent l'arbitrage, et l'établissent *forcé*, pour les contestations entre associés commerciaux ; et l'Ordonnance de 1681, sur la Marine, admettant l'insertion de la clause compromissoire ou convention d'arbitrage dans les polices d'assurances maritimes.

*
* *

Ainsi donc, la législation de notre ancien droit français, largement favorable à l'arbitrage, n'a rien fait pour s'opposer à la clause compromissoire ; au contraire, elle l'a réglementée, prévue ou imposée, en certains cas. Son usage pouvait être constant, dès avant que la renaissance du droit romain eût permis aux légistes de transporter les principes de ce droit écrit, dans notre droit coutumier ; et à partir de ce moment, la *stipulatio prœnœ* dût lui être d'un grand appui, comme on l'employa aussi pour le respect de la sentence dans cette exécution préalable à l'appel qu'exigèrent les ordonnances

Mais comme on l'a fait pour combattre la clause compromissoire valable en droit romain, on a aussi essayé de trouver, dans nos vieux textes, des arguments qui puissent, en apparence au moins, s'opposer à sa validité dans notre ancien droit (1). On a trouvé une décrétale de Grégoire IX qui paraît un succédané, partiel au moins, de notre article 1006. Procéd. Civ. (2) Elle dispose : *Mandamus ut compromissum de incerta persona in arbitrum adsumenda non teneat.* Il semble logique de traduire, en substance : si l'arbitre n'est pas désigné, le compromis est nul. Soit. Mais cette décision grégorienne s'appliquait à un cas spécial ; car il faut tout dire. Elle visait un compromis où deux arbitres étaient désignés, et avaient pouvoir de s'en

(1) Bourbeau, *Théorie de la Procédure Civile*, t. II, p. 522.

(2) X. *Decret. Greg.* lib. I, tit. 43, cap. 12.

adjoindre un troisième, en cas de désaccord, pour les départager. Craignant qu'ils ne s'entendissent pas, on annulait le compromis. Et ainsi la décrétale veut parler de ce troisième juge, du tiers arbitre. Nos lois actuelles donnent une solution contraire.

Mais cette décision ne fixe pas le sort de la clause compromissoire : elle est même complètement en dehors d'elle, et on peut concilier, sans difficulté aucune, la promesse large de compromettre, et les règles étroites du compromis qui la pourrait suivre, et notamment, dans ce compromis, nommer le tiers-arbitre, auquel il sera fait appel en cas de besoin.

En vérité, la clause était constamment usitée dans les actes notariés ; on la retrouve dans un grand nombre de ceux qui sont parvenus jusqu'à nous. Elle est dans un si grand nombre de contrats de sociétés, et d'assurances, que l'ordonnance de 1673 la rendit obligatoire pour les premiers, et l'ordonnance de 1681 la prévit et par sa mention, la reconnut comme courante et valable. Peu nous importe le nom qu'elle a porté ; cette appellation défectueuse de « clause compromissoire » n'a été mise en cours que plus tard. Sous l'ancien droit c'était la « *convention d'arbitres* », ou « *la soumission à des arbitres.* »

Et il est convaincant d'opposer à des textes latins tronqués, spécieux et ambigus, certaines formules coutumières d'assurances. « Emerigon rapporte la formule de Nantes : En cas de contestation, nous *conviendrons* à l'amiable *d'arbitres* négociants pour juger nos différends. — La formule de Bordeaux disait aussi : En cas de contestation entre nous pour le fait de la présente

assurance et dépendances d'icelles, nous *conviendrons d'arbitres* pour juger nos différends. Valin pousse plus loin : A la vérité, dit-il, on ne voit guère de polices d'assurances ou de contrats de société, sans la clause portant *soumission à l'arbitrage*, mais enfin, il n'en faut pas conclure que l'omission de la clause emporterait la nullité du contrat. » (1). C'est dire si son emploi était fréquent !

Et ce qui vient corroborer cette opinion, c'est bien le fait de son établissement obligatoire en matière de commerce par l'ordonnance de 1673. L'arbitrage et la clause compromissoire, qui le préparait, avaient d'incontestables avantages : alors, pour divers motifs, comme dernier moyen de lutte contre les justices privées encore vivantes sous la Monarchie absolue, et parce qu'à l'expansion commerciale qui prend son grand essor, qui apporte au pays la vie intense et la richesse, qui est une source plus abondante de fortune et de revenus publics que les profits de justice, il faut des règles plus commodes, plus souples, plus larges, pour ces motifs, disons-nous, la justice publique emprunte à la justice privée sa forme reconnue, et lui donne force d'obligation. Lisons l'article 9 de l'ordonnance de 1673 ; sa rédaction seule montre bien que l'emploi de la clause était auparavant très pratiqué : « Toute société *contiendra la clause de se soumettre aux arbitres*, pour les contestations qui surviendront entre les associés ; et encore que la clause fut omise,

---

(1) Alauzet. *Traité des Assurances*, t. I, p. 386.

un des associés en pourra nommer, ce que les autres seront tenus de faire ; sinon en sera nommé par le juge pour ceux qui en feront refus. » Le rédacteur n'a pas cru nécessaire d'expliquer ce qu'était cette clause, à quoi elle aboutissait, quelles obligations elle entraînait : les bénéficiaires devaient donc la connaître suffisamment.

L'article 3, Titre 6 de l'Ordonnance de 1681, aboutit au même résultat : « La police contiendra... *la soumission des parties aux arbitres*, en cas de contestation, et généralement toutes les autres conditions dont elles voudront convenir. » C'était la reconnaissance pure et simple d'un usage général, dont on se servait en toutes matières : on le vise plus spécialement en matière commerciale et maritime, parce que son application est appelée à y rendre de plus grands avantages.

III

Droit Intermédiaire

L'arbitrage ne pouvait manquer de profiter de l'état de choses issu de la Révolution. Cela se comprend aisément, étant donné : l'anéantissement de l'ordre judiciaire tel qu'il existait avant 1789 ; les rancunes que l'on nourrissait contre les abus anciens ; et les idées nouvelles, — empruntées à l'antiquité, comme toutes les idées de l'époque, — sur l'organisation de la justice

et de la procédure ; et les théories dominantes sur la liberté et la dignité de l'homme. Aussi dans ce temps, où le but visé fut si souvent et si lourdement dépassé, les assemblées nationales se jetèrent dans l'excès en ce qui concerne l'arbitrage ; et sa valeur fut exagérée à un tel point que son existence y faillit sombrer. L'arbitrage était recommandé, encouragé, imposé en tant de matières ! On supprima même la dénomination de « juges » ; il n'y eut que des arbitres, volontaires et publics. C'était plus qu'un engouement : une « manie ».

Le Décret des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, proclamait à son titre I, article 1 : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis » ; et l'article 2 ajoutait : « Toutes personnes ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés, dans tous les cas, et en toutes matières, sans exception ». Toutes les autres lois de l'époque révolutionnaire devaient s'inspirer de ce principe un peu excessif, qui fut reproduit le 24 juin 1793, dans l'Acte constitutionnel et Déclaration des Droits de l'Homme, article 86 : « Il ne peut être porté aucune atteinte au droit qu'ont les citoyens de faire prononcer sur leurs différends par des arbitres de leur choix ». Aussi, voit-on le droit d'appel contre les décisions arbitrales écarté, à moins de stipulation contraire des parties (Décret des 16-24 août 1790, titre I, art. 4 et 5. Loi du 4 fructidor an III, art. 211). Tou-

tes les contestations relatives aux domaines nationaux ou à leurs détenteurs, et aux biens communaux devaient être soumises à l'arbitrage. (Décret du 10 juin 1793, art. 1. — Décret du 11 vendémiaire an II (2 octobre 1793), art. 1 et sq. — Décret du 10 frimaire an II (30 novembre 1793, art. 24 et sq.) ; ainsi que celles qui naissaient entre membres d'une même famille (Décret des 16-24 août 1790, Titre X, art. 12 et 13. — Décret du 17 pluviôse an III (5 février 1795), art. 1 et 2). Les contestations qui naissaient à propos de l'exécution des Donations et des Successions suivaient le même sort (Loi des 17-21 nivôse an II (6-10 janvier 1794), art. 54 et sq.)

Cette extension considérable mit à jour les vices d'un système juste en lui-même, mais qui doit être « raisonnablement » limité. La réaction se produisit, inévitable. Après diverses lois de restriction, la suppression complète de l'arbitrage fut demandée et votée par le Conseil des Cinq-Cents, le 28 floréal an VI (17 mai 1798).C'était un nouvel excès, contraire au premier. On revint à plus de sagesse : le Conseil des Anciens repoussa la résolution des Cinq-Cents le 19 ventôse an VII; et la loi de 27 ventôse an VIII (9 mars 1799), procédant à l'organisation judiciaire qui devait être la base de celle adoptée par les Codes, admit qu'elle ne dérogeait pas « au droit qu'ont les citoyens de faire juger leurs contestations par des arbitres de leur choix. »

Des lois aussi favorables à l'arbitrage, puisque certaines ne tendaient à rien moins qu'à lui donner une place prépondérante sur celle de la justice publique, ne pouvaient interdire la clause compromissoire. Son

usage fut constant, et sur ce point, perpétua une tradition, — chose rare pour l'époque. Elle entrait trop bien dans le cadre de la législation, dont elle favorisait l'application et l'extension; on n'aurait pu songer à interdire une convention qui allait au devant du désir de la loi. Beaucoup de décisions jurisprudentielles des premières années du XIX° siècle, portent sur l'appréciation de clauses compromissoires insérées dans les contrats, actes de société, baux, polices d'assurances, etc., pendant la période révolutionnaire, et avant la codification de 1806. (1)

*
* *

Ces dispositions n'étaient point changées au moment où furent rédigées celles qui gouvernent actuellement la matière de l'arbitrage. C'est de la loi du 27 ventôse an VIII, que leurs rédacteurs s'inspirèrent. Le Code de Procédure Civile, qui permet l'arbitrage, le règlemente, a-t-il interdit l'usage de la clause compromissoire ? A-t-il voulu la prohiber formellement,

---

(1) Voir notamment : Cassation, 2 septembre 1812 (D. J. G., V° *Arbitrage*, n° 445). — Cet arrêt vise l'exécution d'une clause compromissoire contenue dans un traité du 10 janvier 1806. — Or, le Livre III du Code de Procédure, relatif aux arbitrages, décrété le 29 avril 1806, ne fut promulgué que le 9 mai suivant.

allant ainsi à l'encontre d'une pratique immémoriale et équitable ? Où puiser la réponse à ces questions, sinon dans les décisions des tribunaux qui sont chargés d'interpréter et d'appliquer la loi, sinon dans les ouvrages et les études de la doctrine, qui la commente et en facilite ainsi la connaissance ? C'est donc là que nous entrerons le mieux en contact avec les arguments qui ont été soutenus pour et contre la clause compromissoire, et cette étude à leurs sources mêmes doit en précéder et en faciliter la discussion.

CHAPITRE III

ÉTAT ACTUEL DE LA QUESTION
LA CLAUSE COMPROMISSOIRE EN JURISPRUDENCE ET EN DOCTRINE

I

Évolution Générale de la Jurisprudence

L'article 1006 du Code de Procédure Civile a été interprété par la jurisprudence en général, soit celle des Cours et Tribunaux, soit celle de la Cour Suprême, de façons non seulement différentes, mais radicalement contraires. Chacune d'elles peut être cantonnée en une période de temps : la première interprétation domine depuis la promulgation du Code de Procédure Civile jusqu'en 1842 à peu près ; (nous disons : à peu près, car, de même que quelques décisions isolées faisant pressentir une deuxième et différente interprétation étaient intervenues dans les années qui précédèrent immédiatement l'année 1842, de même quelques arrêts, pendant les années qui suivirent, conservèrent le souvenir de l'opinion désormais abandonnée par la majorité). La seconde interprétation, contre-pied de la pre-

mière, règne presque sans conteste depuis 1842. A côté de cette interprétation cependant, un courant de réaction s'est formé contre elle, tendant à revenir à l'opinion première, apportant tout au moins un correctif à ce que la seconde présente d'excessif.

A l'appui de ces interprétations que nous allons reprendre, pour en dégager le sens, les traits principaux et substantiels, et sans citer de longs extraits des jurisprudences qui les soutiennent, il nous paraît utile de mentionner plus particulièrement certaines décisions. Nous le ferons le plus brièvement possible, pour ne pas alourdir la vue d'ensemble que nous nous proposons de fixer, nous attachant aux arrêts qui, résumant le mieux les théories du moment, sont les jalons, en quelque sorte, de la route suivie, et indiquent les changements de direction. Ils nous aideront à préciser notre pensée, et à nous faire une idée plus nette de la situation.

*
* *

Dans la première période, et dès le début, sans hésitation, sans discussion, la jurisprudence reconnaît et proclame la validité de la clause compromissoire. Aucune restriction : on estimait que l'usage de cette clause n'était pas interdit par la loi ; qu'il était en parfait accord, et avec les règles et coutumes suivies dans notre Ancien Droit, et avec la faveur dont l'arbitrage avait été comblé dans le Droit Intermédiaire, et surtout avec la protection raisonnable dont la loi actuelle couvrait toute cette matière. La clause compromissoire

était universellement employée, et on pensait que, n'ayant rien de contraire à l'ordre public, elle n'était qu'une manifestation licite du principe de la liberté des conventions inscrit dans la loi. (1)

Cette opinion du début était si bien établie que la Cour de Cassation par son arrêt du 2 septembre 1812, (*loc. cit.*) se fit un devoir de rappeler à l'ordre la Cour de Paris, en cassant un arrêt de cette dernière, du 18 février 1812, qui avait paru s'éloigner de cette manière de voir. Elle voulait maintenir intacte l'unité du système, l'harmonie qui existait entre la jurisprudence et la loi : « La Cour : Vu l'article 1003 du Code de Procédure Civile ; et attendu que l'article 30 du traité du 10 janvier 1806 soumet à l'arbitrage, généralement et sans aucune exception, toutes les contesta-

(1) Turin, 4 avril 1808, S. 1809. 2. 263. — Cassation, 2 septembre 1812 et 15 juillet 1818, D. J. G., V° *Arbitrage*, n° 445. — Bourges, 8 décembre 1819, D. J. G., V° *Arbitrage*, n° 1120. — Rennes, 21 juin 1810, Amiens, 15 juin 1824, D. J. G., V° *Arbitrage*, n°s 47 et 454. — Paris, 18 mai 1833 et Cassation, 2 août 1841, D. J. G., V° *Arbirage*, n°s 449 et 987. — Seine, 31 juillet 1828, D. J. G., V° *Arbitrage*, n° 716. — Paris, 28 août 1841, *id.* n° 400. — Amiens, 5 août 1823, D. P. 1826. 2. 61. — Lyon, 26 avril 1826, D. P. 1827. 2. 21. — Colmar, 24 août 1835, D. P. 1837. 2. 171. — Cassation, 17 mai 1836, D. P. 1836. 1. 359. — Cassation, 28 janvier 1839, D. P. 1839. 1. 83. — Aix, 5 mai 1840, D. P. 1840. 2. 178. — Lyon, 25 mars 1840, S. 41. 2. 342. — Bourges, 31 mars 1841, D. P. 1842. 2. 55. — Colmar, 21 juin 1841, D. P. 1842. 2. 183. — Nancy, 2 juin 1842, S. 1842. 2. 304. — Angers, 20 juillet 1842, P. 1842. 2. 148. — Paris, 7 mai 1843, S. 1843. 2. 141. — Agen, 1er juin 1843, S. 1845. 2. 398. — Lyon, 30 janvier 1847, P. 1847. 2. 93. — Cassation, 25 juillet 1854, P. 1856. 1. 39.

tions quelles qu'elles soient, qui pourront naître sur l'exécution de ce traité ;... Qu'ainsi nulle exception à l'arbitrage n'était admissible ; que cependant la Cour d'appel de Paris a voulu excepter de cette disposition si générale les cas d'urgence ; que c'est sous ce prétexte.... ; qu'en admettant cette distinction, elle a non seulement violé le texte de cet article 30, mais encore contrevenu à l'article 1003 Procéd. Civ. ci-dessus rappelé, qui n'autorise aucune modification ni restriction à l'exercice du droit de compromettre, et a, par suite, commis un excès de pouvoir en s'emparant d'une juridiction, qui était exclusivement déférée, et par le contrat et par la loi, à des arbitres. »

Et en 1840 encore, à la veille cependant de l'époque où un revirement complet allait avoir lieu dans l'opinion jurisprudentielle, la Cour de Lyon, par son arrêt du 25 mars (*loc. cit.*), ne se contente pas seulement d'affirmer à nouveau la validité de la clause compromissoire, mais attribue encore aux tribunaux, comme sanction de son respect, le droit de nommer l'arbitre à la place de la partie récalcitrante qui s'y refuse. On y relève : « Attendu que le traité du 18 mai 1824 ne peut être envisagé comme un compromis constituant un arbitrage, mais comme une simple promesse de compromettre, et par conséquent, une convention ordinaire que la loi n'a assujettie à aucune formalité particulière qui fixe l'objet du litige et constitue le tribunal arbitral ; attendu qu'une pareille convention n'a rien de contraire à la loi, qu'elle ne porte atteinte, ni aux mœurs, ni à l'ordre public ; attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi ;

ceux qui les ont faites ; attendu que s'il est de principe que les arbitres volontaires doivent être choisis par les parties, la partie qui s'est soumise à la juridiction des arbitres est toujours maîtresse d'en avoir un de son choix en se soumettant à l'engagement qu'elle a pris ; attendu que les tribunaux peuvent suppléer à la mauvaise volonté de celle des parties qui, pour se soustraire à l'exécution de sa convention, refuse de nommer un arbitre, en lui en nommant un d'office ; — Met l'appel à néant. »

*
* *

Cette belle assurance ne devait pas avoir de lendemain, puisqu'un arrêt de cette même Cour de Lyon, de cette même année 1840, un des arrêts précurseurs de la théorie nouvelle, déclare qu'une clause compromissoire est nulle, comme en contrariété avec l'article 1006, Procéd Civ., qui prescrit la désignation de l'objet en litige et du nom des arbitres, dans le compromis, à peine de nullité. (D. P. 1840. 2. 229.)

Et dès lors, le mouvement va se précipiter. Les hommes de lois, qui ont intérêt à ce qu'il aboutisse et qu'une réforme se produise sur ce point en jurisprudence, parce que la clause se multiplie de jour en jour, et que cet emploi est de nature à attenter à leurs intérêts, redevenus forts et influents parce qu'ils ont eu le temps de reconstituer et d'asseoir l'avenir de leur classe, les hommes de lois vont, comme les justices seigneuriales d'autrefois, entreprendre sur ce point une lutte sans répit. Proposée, approuvée, soutenue

par eux, l'opinion nouvelle prend corps, et prend pied dans la place à emporter. Des articles de revue la soutiennent, qui torturent l'article 1006, Procéd. Civ., et fouillent le passé, afin d'en tirer des explications satisfaisantes, et de nature à calmer tous les scrupules, pour la thèse du jour. On y prie les tribunaux de ne pas perdre de vue cette parole d'un rédacteur du Code : « L'usage des compromis est la satire de l'administration judiciaire » ; on leur démontre qu'ils se sont laissés dessaisir d'une partie de leur juridiction ; que la Justice s'en trouve diminuée d'autant ! Pris ainsi entre l'exaltation de leurs sentiments d'amour-propre d'une part, et de l'autre, l'intérêt de leurs auxiliaires auxquels ils ont égard, ils partagèrent la nouvelle manière d'interpréter la loi. Dès ce moment, toutes résistances furent vite brisées ; et la jurisprudence s'ancra fermement dans l'opinion de la nullité absolue de la clause compromissoire. Le changement fut rapide, en matière civile, parce qu'on se servit d'une subtilité d'interprétation de texte, pour l'amener totalement. Point n'était besoin d'une loi; il suffisait d'un accord complet : il eut lieu, non seulement complet sur tous les points, mais unanime. Dès cette époque, on peut opposer les uns aux autres les arrêts rendus sur les mêmes espèces dans cette période et dans la précédente.

En matière commerciale, la difficulté était plus grande pour obtenir satisfaction. Il y avait un texte d'autorisation, d'imposition. Mais comment résister à l'active campagne qui fut menée, alors surtout qu'elle avait eu pour résultat le revirement complet de toute la jurisprudence ? Comment résister à des arrêts com-

me celui que prononça la Cour de Lyon — encore ! — le 7 février 1849 (D. P. 1849. 2. 178), sous l'empire cependant des articles 51 et suivants du Code de Commerce, alors en pleine vigueur, et qui déclarait : « La clause d'un acte de société, qui attribue à des arbitres la connaissance des contestations qui sont de la compétence des Tribunaux de Commerce, est nulle à défaut de désignation des arbitres. » ? Sous une telle pression, la loi du 17 juillet 1856 fut votée, qui supprima l'arbitrage forcé, en matière de société commerciale.

Jusqu'en 1842, les quelques arrêts, qui annonçaient un changement prochain, n'attaquaient pas de front la clause compromissoire; ils hésitaient à le faire brutalement ; mais ils la critiquaient, paraissant distinguer le compromis de la promesse de compromettre, pour, en définitive, appliquer à la seconde les règles édictées par l'article 1006, Procéd. Civ. relativement au premier et les confondre en une même réprobation, quand ces règles n'étaient pas suivies ; ou bien, tout en reconnaissant le principe de la validité, ils en restreignent l'effet, et s'en attribuent en fin de compte la connaissance. C'est un arrêt de la Cour de Nimes, qui, le premier, formule la théorie (16 mars 1842, D. P. 1843. 4. 28) : « La Cour; — Attendu que l'arbitrage est une exception, une dérogation à l'ordre public des juridictions ; qu'il doit, comme tel, pour être valable, être soumis à la plus exacte observation des conditions et des règles prescrites par la loi ; attendu que l'article 1006, Procéd. Civ., dispose en termes formels que le compromis doit désigner l'objet en litige et le nom des arbitres et qu'il prescrit cette double désignation à

peine de nullité ; que ce serait s'écarter ouvertement de la lettre de la loi et de l'intention du législateur que d'admettre une distinction entre l'engagement éventuel de se faire juger par des arbitres, et le compromis qui détermine les contestations qui doivent être soumises à des arbitres, et qui fixe la composition du tribunal arbitral ; que cette distinction n'est fondée sur aucune disposition légale... »

Dès 1844, on peut dire que l'unification est faite dans la jurisprudence. Et les tribunaux, désormais, vont suivre ces motifs à l'aveuglette. Parcourons la jurisprudence (1) ; on ne discute pas : on affirme, on affirme sans cesse. On invoque le texte, sans l'examiner sérieusement, de peur d'y lire la faiblesse du raisonnement soutenu ou son inexactitude. Et quand au-

---

(1) Voir, *en thèse générale :* Nimes, 16 mars 1842, D. P. 1843. 4. 28. — Douai, 30 août 1843, D. P. 1844. 2. 65. — Grenoble, 4 décembre 1843, S. 1844. 2. 58. — Metz, 31 août 1843 et Cassation, 21 février 1844, D. P. 1844. 1. 97 et 99.— Rouen, 4 décembre 1843, D. P. 1844. 1. 100. — Cassation, 27 janvier 1845, D. P. 1845. 1. 145. — Caen, 20 avril 1844, S. 1844. 2. 318. — Cassation, 2 décembre 1844, D. P. 1845, 1. 40. — Lyon, 7 février 1849, D. P. 1849. 1. 178. — Colmar, 28 novembre 1848 et Bastia, 11 février 1851, D. P. 1852. 2. 201. — Cassation, 30 juillet 1850, D. P. 1850. 1. 216. — Bordeaux, 28 août 1851, D. P. 1853. 5. 22. — Paris, 23 juillet 1852, D. P. 1854. 2. 102. — Paris, 18 mars 1873, D. P. 1874. 2. 137. — Cassation, 1er décembre 1880, D. P. 1881. 1. 321. — Amiens, 10 juin 1881, D. P. 1882. 2. 164. — Cassation, 26 juillet 1893, D. P. 1894. 1. 61. — Lyon, 5 janvier 1906, D. P. 1906. 5. 57.

Sur les Assurances terrestres : Limoges, 5 janvier 1839,

cune protestation ne se fit plus entendre, l'obsession avait été telle, qu'elle fut considérée comme un axiome indiscutable, cette assertion : La clause compromissoire est nulle, parce que contraire aux prescriptions de l'article 1006, Procéd. Civ. Le vœu de l'article 141 du même Code était ainsi rempli à peu de frais. Toute cette jurisprudence fut, si l'on peut s'exprimer ainsi, une jurisprudence d'affirmation ; et tous les moyens proposés par l'habileté de la pratique, pour tourner une prohibition aussi nette, ne furent même pas pris en examen.

*
* *

Cependant, le nombre important des arrêts et toute leur autorité ne peuvent arriver à remplacer, d'une fa-

---

D. P. 1839. 2. 81. — Lyon, 9 juin 1840, D. P. 1840. 2. 229. — Cassation, 10 juillet 1843, D. P. 43. 1. 343. — Paris, 9 janvier 1843, S. 1843. 2. 62. — Paris, 31 janvier 1843, S. 1843. 2. 63. — Cassation, 15 juillet 1879, D. P. 1880. 1. 106. — Cassation, 22 mars 1880, D. P. 1880. 1. 342. — Cassation, 7 mars 1888, D. P. 1889. 1. 32. — Rouen, 17 décembre 1907, D. P. 1909. 2. 203.

Sur les Sociétés de secours mutuels : Grenoble, 25 novembre 1852, D. P. 1854. 1. 168. — Cassation, 23 mai 1860, D. P. 1860. 1. 243. — Douai, 24 novembre 1871, D. P. 1872. 2. 17. — Cassation, 18 juin 1872, D. P. 1872. 1. 172. — Toulouse, 14 janvier 1889, D. P. 1890. 2. 135. — Agen, 12 mars 1891, D. P. 1891. 2. 373.

Sur les Sociétés diverses (coopératives, jeux, courses) : Cassation, 28 juin 1886, D. P. 1887. 1. 55. — Oran, 4 juin 1894, D. P. 1895. 2. 77. — Paris, 26 décembre 1891, D. P. 1892. 2. 97. — Paris, 3 avril 1901, D. P. 1902. 2. 467. — Poitiers, 12 juillet 1894 et Cassation, 27 juin 1896, S. 1896. 1. 213.

son définitive, le principe précédemment admis et renversé par eux. La pratique, avons-nous dit, avait proposé des moyens pour ne pas subir cette jurisprudence : elle présentait la clause compromissoire comme une convention simplement attributive ou exclusive de juridiction ; quand l'espèce s'y prêtait, elle essayait de la donner comme une charge, une condition d'un contrat de bienfaisance ; elle la qualifiait : droit d'exclusion accordé à un Conseil d'administration. Peu importait à la majorité de la jurisprudence. La clause était annulée.

Celle-ci était malgré tout insérée dans un grand nombre de contrats, et nous n'en voulons pour preuve que la multiplicité des arrêts qui prononcent sur sa valeur. Malgré cette opposition des tribunaux, qui paraissait indéfectible, la pratique ne désarma pas. Quelques décisions furent pour l'encourager, tel cet arrêt de la Cour de Paris du 18 mars 1873 (D. P. 1874. 2. 137), qui juge que la nullité de la clause compromissoire est couverte par la comparution ultérieure des parties devant les arbitres, et par la désignation faite à ce moment des objets en litige. C'était un point acquis : et on n'avait pas encore tenté de le soutenir depuis que la thèse de la nullité était maîtresse de l'opinion des juges. On inséra donc toujours des clauses dans les contrats ; des réclamations surgirent ; à nouveau, dans les vingt dernières années du XIX^e^ siècle, une campagne favorable à l'arbitrage se dessinait. On le prônait et on l'étendait en droit international public. Les pays étrangers admettaient presque tous dans leur législation la validité de la clause compromis-

soire (1). Les règles de la procédure vieillissant, on pensait à reformer le Code : des projets furent mis à au jour ; certains de leurs articles déclaraient valable ce que la jurisprudence annulait ; un cortège de tendances et de vœux les accompagnaient. Une crise de la magistrature (puisque le mot « crise » est à la mode) servit les partisans du nouveau système. Les Tribunaux se virent forcer la main, et sans revenir complètement sur leurs décisions, ils consentirent à en atténuer l'excessive rigueur. C'est ainsi qu'on décida (Cassation, 26 juillet 1893, D. P. 1894. 1. 61), que la nullité de la clause compromissoire n'est pas d'ordre public, et que le compromis passé ultérieurement entre les parties pour son exécution est valable. Il fut aussi reconnu aux décisions d'un comité de société, intervenues en clause compromissoire, sinon la valeur d'une sentence arbitrale, au moins une force obligatoire résultant des droits de police dont les commissaires de la société sont investis. (Pau, 26 décembre 1891, D. P. 1892. 2. 97. — Oran, 4 juin 1894 et Seine, 17 juillet 1894. D. P. 1895. 2. 77. — Paris, 3 avril 1901. D. P. 1902. 2. 467.) Et il fut admis un de ces moyens proposés par la pratique, quand on valida la sentence d'experts-arbitres, estimant qu'il n'y avait là ni une expertise, ni un arbitrage. (Chambéry, 19 juin 1901. *Gaz. Trib.*, 14 août 1901.) Ainsi la réaction est commencée, qui constitue le signe avant-coureur d'une réforme prochaine.

(1) L'Espagne et la France sont les deux seules législations qui n'admettent pas cette validité.

II

ATTITUDE DE LA DOCTRINE

En présence de l'allure générale de l'évolution jurisprudentielle, on ne peut pas dire avec exactitude qu'il y a eu lutte entre des opinions diverses : il y a eu interprétations successives et contraires de la loi ; et la résistance des partisans de la première, (si tant est qu'il y ait eu résistance, mais bien plutôt hésitation à adopter brusquement le sens nouveau et à se démentir d'une façon radicale), a été courte. Tout au plus ce que nous appelons la jurisprudence « atténuée » a essayé d'apporter un correctif à l'opinion de la majorité, correctif trop faible cependant pour opérer un retour complet aux principes premiers.

Tout autre a été l'attitude de la doctrine. Si certains auteurs ont changé d'avis avec la jurisprudence et parce que la jurisprudence changeait d'avis, sans autres motifs, ce qui a permis à certains commentateurs (Voir Dalloz. *Nouveau Répertoire* 1910-1911) de dire que la solution adoptée par les Tribunaux a aussi prévolu dans la doctrine; il n'en reste pas moins vrai et certain, qu'il y a eu dans la doctrine des discussions sérieuses, raisonnées, sur la validité ou la nullité de la clause compromissoire. Aucun accord sur ce point. Tout est controversé. Des auteurs considérables ont

soutenu l'une et l'autre opinion, et la soutiennent encore. La discussion continue; et si on admet que la doctrine n'est pas uniquement établie par les auteurs de traités ou de manuels, mais qu'elle trouve encore son expression, et dans les chaires des Facultés de Droit; et dans les thèses — reflets de la pensée des maîtres — dans les thèses soutenues en ces facultés; et dans les études théoriques ou pratiques parues aux revues spéciales, on peut affirmer, sans crainte de se tromper, que la doctrine se prononce plutôt pour la validité de la clause comprissoire. Expression de l'opinion du grand public, cède-t-elle en cela au sentiment général qui réclame une plus grande liberté dans le règlement des conflits privés, et réagit contre la sévérité exagérée des tribunaux ? L'exemple des législations étrangères l'a-t-il amenée à un examen plus approfondi et plus critique des arguments jurisprudentiels ? Aiguise-t-on une arme de combat, dans la lutte toujours renouvelée des plaideurs contre le fisc et les auxiliaires de la justice et la justice elle-même ? Un vice profond existe-t-il dans notre organisation judiciaire ? Ou bien simplement, l'opinion doctrinale n'est-elle en l'occurence que philosophique ? manifestation subconsciente de cette théorie qui revient, exagérée, de l'éminente dignité de la liberté humaine, en vertu de laquelle rien ne doit être imposé à l'homme, pas même ses juges !

Certes, l'étude et la solution de ces questions présenteraient le plus vif intérêt; il nous appert pas de nous y consacrer. Les causes de cette attitude dernière sont multiples et complexes. Il suffit, pour l'intelligence de

ces quelques pages, d'un exposé succinct, d'une constatation de son état actuel.

*
* *

Ils méritent d'être pris en considération, les noms de ceux qui ont soutenu la nullité de la clause compromissoire, ou ont embrassé la cause de la jurisprudence ! Mais, tous, étaient-ils scrupuleux de leur propre opinion; ou, abandonnant la discussion, avaient-ils seulement le souci de tenir leurs traités à jour, en harmonie avec l'idée régnante ?

Merlin, en ses *Questions;* Thomine-Desmazures; Boucenne et Bourbeau, en leur *Procédure Civile;* Bioche, en son *Dictionnaire;* Boitard et Colmet-Daage en leurs *Leçons;* Garsonnet, en son *Traité;* Dutruc sur Carré et Chauveau, en son *Supplément aux Lois de la Procédure*, soutiennent la nullité (1). Presque sans discussion, sans raisonnement, ils adoptent les conclusions de la jurisprudence, les renforçant de leur autorité. Il y a

(1) V° : Merlin, *Questions* V° Arbitrage, § 15. — Thoumie-Desmazures, tome II, n° 1212. — Boncenne et Bourbeau, *Procédure Civile*, tome VI, p. 520. — Bioche, *Dictionnaire de Procédure Civile*, V° Arbitrage, n°s 148 et suivants. — Boitard, Colmet-Daage, *Leçons de Procédure Civile*, tome II, n° 1184. — Garsonnet, *Traité de la Procédure Civile*, tome VII, n°s 1476 et suivants. — Dutruc, sur Carré et Chauveau. *Supplément aux Lois de la Procédure Civile*, n° 48.

lieu de mentionner encore parmi les adversaires de la clause, d'abord Championnière, (*Revue de Législation*, tome XVII, p. 241) et MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité de Droit Commercial*, tome VI, n°s 1210 et s.). Mais comme ils ont étudié plus à fond la question, avec une plus grande impartialité, tout en adhérant à la jurisprudence prépondérante, ils ne laissent pas de fournir une conclusion plutôt favorable aux partisans de l'opinion contraire. Qu'on nous permette de citer ; après avoir approuvé la Cour de Paris « se ressaisissant d'une juridiction », Championnière dit : « Qu'arrivera-t-il de cete jurisprudence (de la nullité) ? Doit-elle l'emporter sur la lutte qui va s'élever entre les habitudes de la pratique et les prescriptions de la loi ? Je crois peu me tromper en disant, que devant la stipulation générale d'arbitrage, les tribunaux devront faiblir et transiger; il faut qu'ils se résignent à voir un grand nombre de contestations leur échapper; des causes graves et persistantes reproduiront toujours, sous une forme ou sous une autre, la convention de se soustraire à la justice ordinaire. Ces causes découlent de sources trop nombreuses pour espérer les voir cesser... ; un jour viendra... où les tribunaux reconnaîtront la résistance qu'ils ont à vaincre, et n'oseront pas tenir pour non avenue une condition écrite dans un nombre immense de contrats.... N'est-ce pas une surprise, une violence, en définitive, que d'obliger à subir la tourmente judiciaire, celui qui a cru pouvoir compter sur la tranquilité de l'arbitrage..., *dont toute la faute est d'avoir cru sanctionnée par la loi une stipulation qu'il a vue partout et toujours exécutée?* Les

tribunaux renonceront encore à l'application rigoureuse de la loi, parce que la nullité de la clause ne sera le plus souvent soutenue devant eux que par la mauvaise foi cherchant à se soustraire au lien d'une *obligation naturelle*, mais gênante. Il est à remarquer, dès à présent, que les cours qui ont statué sur la question ont été mues bien *plutôt* par le caractère et la position des parties en cause *que par la volonté du législateur*. » Ces paroles d'un adversaire déclaré sont à méditer, et ses aveux à retenir !

*
* *

Les partisans de la validité de la clause compromissoire ne sont pas des autorités moins considérables que les autres; et ils sont plus nombreux. Nous y trouvons les Dalloz, Goubeau de la Billonerie, Mongalvy, Bellot-Desminières, Devilleneuve, Pardessus, De Vatimesnil (Sebire et Carteret), Carré et Chauveau, Rodière, Molinier, Bioche et Goujet, Curasson, Alauzet, Delamare et Poitevin, Glasson et Colmet-Daage, Glasson et Tissier, Tissier, Lerebourg-Pigeonnière et divers auteurs de recueils, dont ceux des Pandectes Françaises (1).

---

(1) Voir : Dalloz, J. G. V° Arbitrage, n°s 454 et suivants. — Goubeau de la Billonerie, *Traité Général de l'Arbitrage*, 246. — Bellot-Desminières, *Commentaire de l'Arbitrage volontaire et forcé*, 1838 ,tome II, n° 34. — Devilleneuve. *Recueil des Lois et Arrêts de Sirez*, 1839. 2. 228. Note sous arrêt de Limoges, 5 janvier 1839. — Pardessus, *Cours de Droit Commercial*, tome V, n° 1391. — De Vatimesnil, (Sebire et Carteret), *Encyclopédie du Droit*, 1842, numé-

Telles sont les forces en présence.

Et, en attendant que la loi jette dans la balance l'épée de la justice, qui fera cesser toute controverse, et apaisera le différend, examinons et discutons, de façon méthodique et en regard des décisions jurisprudentielles, quels arguments ont été invoqués en faveur de la clause compromissoire ou à l'encontre de sa validité, par ses partisans et par ses adversaires.

---

ro 39. — Carré et Chauveau, *Les Lois de la Procédure Civile*, 1844, tome VI, nos 1379 bis et suivants. — Rodière, *Traité de Compétence et de Procédure en matière civile*, 1867, tome II, p. 525 ; tome III, p. 39. — Molinier, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1852, tome II, p. 214. — Bioche et Goujet, V° Arbitrage, n° 126. — Curasson, *Compétence des Juges de Paix*, tome I, p. 45. — Alauzet, *Traité des Assurances*, tome I, n° 205. — Delamare et Poitevin, *Du Contrat de Commission*, tome III, p. 357. — Glasson et Colmet-Daage, tome II, n° 1879. — Glasson et Tissier, *Procédure Civile*, tome II, p. 622. — Tissier, *Revue trimestrielle de Droit Civil : Le Centenaire du Code de Procédure et les Projet de réforme*, 1906, p. 625. — Lerebourg-Pigeonnière, id., *Analyse de la Proposition de loi Flandin sur la réforme de l'Arbitrage*, 1906, p. 439.

CHAPITRE IV

Discussion Méthodique et Jurisprudentielle des Principaux Arguments invoqués Pour et Contre la Clause Compromissoire

A l'appui de leur thèse, les partisans de la validité invoquent l'histoire de notre droit, l'usage établi et reconnu, la faveur dont la loi a voulu entourer les arbitrages, le principe de la liberté des conventions. Ils établissent les différences qui séparent nettement la promesse de compromettre du compromis lui-même, protestant de l'application de l'article 1006, *Proc. Civ.*, à l'une comme à l'autre; ils prouvent que le législateur a reconnu la légimité de cette promesse, en la mentionnant — avec d'autres clauses générales — dans l'article 332. *C. Com.*, relatif aux polices d'assurances maritimes.

Et leurs adversaires de répliquer : c'est nous seuls qui détenons le vrai sens de la loi; les objections que nous soulevons n'ont d'autre but que de tenir en leurs limites nécessaires, les principes que vous invoquez; de faire respecter et l'esprit et les textes des Codes : en eux, rien ne justifie, rien ne reconnaît les différences que vous prétendez établir; promesse de compromis

ou compromis sont une seule et même chose : une seule et même règle les gouverne. Et cette disposition relative aux assurances maritimes, elle existe bien, mais à titre exceptionnel, et marque d'autant mieux la prohibition qui en est faite partout ailleurs.

En cette polémique, où tout paraît si vivement controversé, on peut immédiatement se rendre compte, sans un examen très approfondi, qu'un point existe, qui est hors de discussion : la validité de la clause compromissoire en matière d'asurances maritimes est reconnue par les deux opinions, encore que chacune interprète de façon différente la disposition de l'article 332, *C. Com.*, qui l'établit.

C'est ce point acquis que nous allons d'abord étudier.

SECTION PREMIÈRE

Cas Incontesté de Validité

L'article 332 du Code de Commerce, qui est le premier du titre relatif aux assurances maritimes, dispose dans son avant-dernier alinéa : « Le contrat d'assurance... exprime... : La soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue. »

Peut-il y avoir un doute quelconque sur le sens de cette proposition? son application au cas pour lequel elle fut écrite peut-elle donner lieu à une discussion? En aucune façon; et pour tous, cette disposition de la loi signifie bien, et ne peut signifier autre chose que cela : toutes les contestations relatives aux assurances

maritimes pourront toujours être soumises à des arbitres, si les parties en sont convenues, *dans l'acte et au moment* du contrat d'assurance, — encore qu'à ce moment, ni le nom des arbitres, ni l'objet du litige ne puissent être désignés et précisés.

N'est-ce pas là, vraiment, et dans toute sa pureté, et dans sa plus grande généralité, et dans son expression la plus exacte en même temps, la clause compromissoire? C'est bien en effet la clause compromissoire, la convention anticipée d'arbitrage pure et simple, sans plus de détails, mentionnée, reconnue, approuvée par la loi qui la protège et la sanctionne; et c'est elle à un point tel, que le paragraphe de l'article 332 *C. Com.*, pourrait servir à en illustrer la définition.

Tant que domina l'opinion de la validité, l'article 332 *C. Com.*, ne fut pas en jeu : tout dans les lois était en parfait accord. Mais lorsque plus tard, par un artifice d'interprétation, la jurisprudence affirma la nullité, l'article 332, *C. Com.*, rentra dans la discussion. Les partisans de la validité l'invoquèrent, et ses adversaires ne pouvaient le nier et le méconnaître, pas plus avant qu'après la loi de 1856, qui n'avait statué que pour l'arbitrage forcé (1).

Le doute n'était donc pas permis : une hypothèse,

---

(1) Le projet du *Code de Commerce*, soumis au Conseil d'Etat, admetait l'arbitrage forcé en matière d'assurances maritimes (Voir : Locré, *Législation de la France*, t. XVIII, p. 434, 440). — On repoussa cette proposition d'obligation, et on laissa l'arbitrage volontaire avec emploi de la clause compromissoire facultative.

un cas existait où, en réponse à la question de savoir si la promesse de compromettre était valable, l'affirmative était certaine. Aussi bien la doctrine ni la jurisprudence n'ont hésité à reconnaître, en cette matière, la validité de la clause, et à en assurer l'application dans sa réalisation pratique.

Boncenne et Bourbeau, adversaires décidés et emphatiques de la clause compromissoire, en font un humble aveu, dépourvu de périodes oratoires — contre leurs habitudes. Après avoir approuvé les décisions de la jurisprudence, et la règle par elle posée de l'application de l'article 1006 Procéd. Civ. « sous quelque forme que le compromis soit rédigé », ils disent : « on trouve cependant une exception *remarquable* à cette règle, en matière d'assurances maritimes. Le contrat qui intervient entre l'assureur et l'assuré peut contenir la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation (art. 332. C. Com.), *ce qui ne peut s'entendre que d'une contestation à naître.* Dans ce cas, il n'y a pas compromis proprement dit, mais seulement *obligation de compromettre.* C'est ce que, dans la doctrine, on appelle *la clause compromissoire...*» (1).

Boitard et Colmet-Daage écrivent aussi : « L'article 332. C. Com. autorise une pareille clause en matière d'assurances maritimes. » (2)

---

(1) Boncenne et Bourbeau. *Procédure Civile*, loc. cit. tome VI, pp. 520 et 534.

(2) Boitard et Colmet-Daage. *Procédure Civile*, loc. cit. tome II, n° 1184.

Garsonnet : « Je veux parler de la nullité de la clause, dite compromissoire... promesse sans valeur aux yeux de la loi... et que l'article 332. C. Com. n'autorise qu'exceptionnellement en matière d'assurances maritimes...» (1).

Enfin MM. Lyon-Caen et Renault : « En l'autorisant (la clause compromissoire) dans la police d'assurances maritimes, le code de commerce déroge au droit commun... » (2).

Quant à la jurisprudence, si les motifs sur lesquels elle a étayé ses décisions ont varié sous les diverses attaques qu'elle subit, elle a aussi toujours reconnu et sanctionné l'article 332. C. Com. Dès avant la promulgation du Code de Commerce, tant la clause était pratique, courante, légitime, la Cour de Cassation, par un arrêt rendu en la Chambre des Requêtes, le 14 janvier 1806, admet cette validité. (3).

Sans nous arrêter pour le moment — devant les retrouver plus loin — à trois décisions importantes (Paris, 7 août 1852. D. P. 1854. 2. 101. — Aix, 25 février 1859 et Cassation 27 novembre 1860. D. P. 1861.

---

(1) Garsonnet. *Procédure Civile*, loc. cit. tome VII, n° 1487.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Droit Commercial*, loc. cit. tome VI, n° 1210.

(3) Voir : Dalloz. J. G. V° *Droit Maritime*, n° 1543 : « Lorsque, après avoir dit dans la police que la prime serait augmentée en cas de guerre, à proportion des risques courus et suivant le règlement qui serait fait par la Chambre de Commerce, les parties ont ajouté que les contestations qui pourraient s'élever entre elles sur le fait

1. 494.), qui ne contestent pas le principe, nous le voyons affirmé de nouveau dans un autre arrêt de la Cour d'Aix (23 mai 1892. D. P. 1893. 2. 383), dans un jugement du Tribunal Civil de Douai (16 décembre 1901. J. Douai. 1902. p. 54) et dans un arrêt de Cassation (25 novembre 1902. P. 1905. 1. 199), sans interruption, sans brêche, l'article 332. C. Com. a toujours reçu son application.

On trouve encore d'autres arrêts et d'autres jugements reproduisant les mêmes solutions. Un d'entre eux mérite une attention spéciale ; car il a étendu le domaine de ce passage de l'article 332. C. Com. qui nous occupe. Il est intervenu entre une société de secours mutuels, l'Association de Prévoyance entre Armateurs et Patrons de pêche des bateaux pontés du quartier de Groix, et deux de ses membres. Sur confirmation par la Cour de Rennes (arrêt du 19 juillet 1900), d'un jugement du Tribunal de Lorient, leur donnant tort, les Mutualistes se pourvurent en Cassation. La Cour suprême, par un arrêt du 23 avril 1902 (D. P. 1903. 1. 190) rejeta le pourvoi ; il résulte de ses consi-

---

de la présente assurance et dépendances d'icelle, pour quelque cause que ce fût, seraient jugées par des arbitres dont elles conviendraient, il peut être décidé que les parties ont entendu mettre hors de l'arbitrage général, le règlement de l'augmentation de prime en cas de guerre, sans qu'un tel jugement donne ouverture à cassation. Requêtes, 14 janvier 1806.

Le livre deuxième du *Code de Commerce*, qui s'occupe du commerce maritime, a été décrété le 15 septembre 1807, et promulgué le 25 suivant.

dérants que : la société de secours mutuels fondée entre les armateurs et les patrons de pêche, et ayant pour objet de venir en aide à ceux de ses membres dont les bâteaux ont été détruits par des événements en mer, est une société d'assurances maritimes ; dès lors, conformément à l'article 332. C. Com. qui admet la validité de la clause compromissoire, les statuts de cette société peuvent conférer aux membres de son bureau le droit d'apprécier souverainement les causes et l'importance des sinistres, et de fixer, en dernier ressort, le montant des indemnités.

*
* *

Mais, tout en citant cet article 332 C. Com., les jurisconsultes et les Tribunaux n'ont peut-être pas assez remarqué, qu'il renfermait une source abondante de dérogations à la prohibition générale que quelques-uns voudraient voir établie. C'est, chaque année, dans nos ports, un nombre considérable de contrats, embrassant une énorme partie du commerce national, qui se signent avec cette clause, avec cette soumission anticipée à l'arbitrage. La clause est, dans les polices, devenue de style. Elle ne donne pas lieu, en son application, à des difficultés, elle ne trahit point d'inconvénients, et c'est une pratique très intense, très vivante.

Et en même temps qu'on aurait établi l'importance de cette prétendue exception, il eût été bon aussi de

rechercher, quelles avaient été les raisons possibles, probables de la disposition de cet article, et si le législateur en avait eu de si spéciales et de si graves, pour favoriser, plutôt que tout autre, ce genre de contrat, en autorisant pour lui seul la clause compromissoire. On se serait facilement aperçu qu'il n'y avait à cette faveur aucun motif particulier, sinon la reconnaissance d'une convention si naturelle, si légitime, si conforme à la tradition, aux us et coutumes du droit français, qu'elle s'était imposée par ses caractères mêmes, et qu'elle avait été visée sans arrière-pensée d'aucune sorte, dans l'article 332.

Nous avons remarqué plus haut que, tant que la question de la valeur juridique de la clause compromissoire n'avait pas été mise sur le tapis, tant que la jurisprudence, appuyée sur la raison et sur la doctrine, l'avait reconnue valable, l'article 332. C. Com. n'avait pas été invoqué. Mais lorsque les Tribunaux, annulant notre clause partout ailleurs, furent mis en demeure de s'expliquer sur cette disposition, — à leur avis exceptionnelle au droit commun — dont les adversaires de leurs décisions se faisaient une arme, ils laissèrent éclater toute l'impuissance où ils étaient de justifier cette autorisation exorbitante. Nous verrons, dans la discussion même, quelle a été la pensée vraie des rédacteurs du Code. Examinons, pour le moment, comme la jurisprudence a soutenu ce qu'elle ne pouvait annuler sans violer ouvertement la loi.

Trois arrêts plus particulièrement connus, et seulement indiqués plus haut, mettent en pleine lumière la divergence des raisons que la jurisprudence, acculée,

prit en considération pour défendre l'interprétation restrictive qu'elle tirait de l'article 332. C. Com.

Un premier arrêt, de la Cour de Paris, 7 août 1852, (*loc. cit.*) a vu dans l'arbitrage convenu en matière d'assurances maritimes, un *arbitrage forcé :* « La Cour : Considérant que lorsqu'en matière d'assurances maritimes, on s'est soumis dans la police à la juridiction arbitrale, *ce choix, autorisé par la loi, imprime à cette façon de procéder le caractère d'arbitrage forcé*, qui échappe ainsi aux prescriptions des articles 1006 et s. Procéd. Civ... » C'était, ou mal connaître la pensée de la loi, ou donner une interprétation volontairement contraire à cette pensée, puisque nous avons vu déjà que la proposition insérée au projet du Code de Commerce, établissant l'arbitrage forcé en matière d'assurances maritimes, avait été repoussé par le Conseil d'Etat. On n'était donc pas dans la vérité.

Un autre arrêt, de la Cour d'Aix, 25 février 1859, (*loc. cit.*) a vu, dans la disposition de l'art. 332 C. Com. appliquée, un *arbitrage* « *forcé sui generis* ». L'expression ne manque pas d'un certain charme ! Cette solution est intervenue dans une affaire très intéressante, dont l'historique complet (d'après Dalloz) nous paraît utile à résumer et à noter.

Dans une police d'assurances maritimes souscrite entre la Compagnie d'Assurances de Trieste et de Venise, et les sieurs Beaucourt et C^ie^, le 24 avril 1858, il était stipulé que les contestations auxquelles cette police pourrait donner lieu, seraient soumises à la décision d'arbitres amiables. Le 29 mai suivant, les sieurs de Beaucourt et C^ie^ signifiaient à leurs assureurs le dé-

laissement du navire qui faisait l'objet de la police ci-dessus, avec sommation de leur payer 15.000 francs, montant de la valeur assurée, et, en cas de contestation, de constituer le tribunal arbitral, à la juridiction duquel les parties s'étaient soumises dans leur police d'assurance. Cette sommation étant demeurée sans résultat, les sieurs Beaucourt actionnèrent les assureurs devant le Tribunal de Commerce de Marseille, en condamnation de la somme qu'ils réclamaient, ou en nomination d'arbitres, si le délaissement par eux signifié était contesté. La Compagnie d'assurances déclina la compétence du Tribunal de Commerce en ce qui touche la nomination d'arbitres demandée par les sieurs Beaucourt et C^ie^.

Par son jugement du 9 novembre 1858, le Tribunal de Commerce rejette le déclinatoire, se déclare compétent, et « ordonne, en conséquence, que, dans les vingt-quatre heures qui suivront la signification, le sieur Albe, en sa qualité, pour la C^ie^ d'assurances, sera tenu de désigner un arbitre, pour procéder, avec M. Lecourt, avocat, arbitre des demandeurs, au jugement des contestations élevées sur la validité du délaissement dont s'agit au procès ; — à défaut de ce faire dans le délai précité, nomme d'office à l'effet ci-dessus M. Cauvet, avocat, en qualité d'arbitre, avec droit pour les dits arbitres de s'adjoindre un troisième arbitre en tout état de cause ; — et, s'ils ne peuvent se mettre d'accord sur le choix du troisième arbitre, ordonne que la nomination en sera faite sur requête par M. le Président du Tribunal. »

Appel par la Compagnie de Trieste. Et, le 25 février

1859, Arrêt de la Cour d'Aix, qui confirme en ces termes : « En ce qui touche la compétence du Tribunal de Commerce relativement à la composition du Tribunal arbitral ; — Attendu qu'en matière d'asurances maritimes, la soumission à arbitres autorisée par l'article 332. C. Com. constitue un « *arbitrage forcé sui generis* » ; — attendu que, s'il est facultatif de se soumettre à cet arbitrage, il n'est plus facultatif, cet arbitrage une fois convenu, de s'y soustraire ; et qu'ainsi cet arbitrage avant le contrat devient obligatoire et forcé en vertu du contrat ; que ce caractère étant admis, les règles de l'arbitrage forcé sont applicables... »

Les motifs sur lesquels se fondèrent ces deux arrêts, qui avaient à résoudre directement la question, étaient aussi inexacts l'un que l'autre. L'erreur est manifeste. L'arbitrage forcé est imposé par la loi, sans qu'il soit besoin d'une convention ; or, la juridiction arbitrale n'est obligatoire, en matière d'assurances maritimes, que lorsque les parties ont consenti à s'y soumettre. En cette matière, comme en tout autre maintenant, elle reste purement volontaire. Mais, à ce moment, la jurisprudence annule partout ailleurs la clause compromissoire, et ces décisions, pour la reconnaître valable en présence de l'article 332. C. Com. — ce qui n'était pourtant pas difficile — sont dans la nécessité d'employer des périphrases, de rechercher des analogies qui ne s'expliquent pas, pour déclarer cette simple chose : la clause compromissoire est valable quand elle est insérée dans une police d'assurances maritimes.

Aussi la Cour de Cassation, par un arrêt du 27 novembre 1860, (*loc. cit.*), rendu sur le pourvoi formé contre

l'arrêt d'Aix précité, par la Compagnie de Trieste et de Venise, ramène-t-elle à une plus proche réalité des choses, en montrant avec plus de raison, sinon avec une très exacte vérité d'interprétation, que la clause emprunte sa valeur, en pareil cas, non à la règle établie pour l'arbitrage forcé (supprimé d'ailleurs depuis 1856), mais à la disposition spéciale de l'article 332. C. Com. relatif aux assurances maritimes ; disposition qui, en permettant aux contractants de se soumettre, par avance, à la juridiction arbitrale, toute volontaire qu'elle est, les affranchit nécessairement des exigences (au sens de la jurisprudence) de l'article 1006. Procéd. Civ. Et voici l'arrêt : « La Cour ; — Sur le premier moyen : Attendu que si, aux termes de l'article 1006. Procéd. Civ., le compromis doit désigner l'objet du litige et les noms des arbitres, une exception a été introduite à cette règle générale par l'article 332. C. Com. ; que cet article, en autorisant la stipulation de la clause compromissoire dans la police d'assurances maritimes, n'a point rappelé le principe consacré par le Code de Procédure relativement aux arbitrages volontaires ; que son silence à cet égard s'explique et se justifie par les principes du droit ancien en cette matière, et par la nature du contrat d'assurances maritimes ; — attendu que, sous l'Ordonnance de 1681, la clause compromissoire était toujours valable, bien que l'objet du litige et les noms des arbitres ne fussent pas désignés ; — attendu qu'au moment de la rédaction de la police d'assurance, les parties ne peuvent préciser l'objet d'une contestation qui n'est pas née, ni choisir des arbitres dont l'aptitude spéciale puisse offrir les

garanties d'une bonne justice ; — attendu que si l'arbitrage qui résulte de la clause compromissoire insérée dans une police d'assurance maritime, ne peut être considéré, depuis la loi du 17 juillet 1856, comme un arbitrage forcé, il y a lieu de reconnaître toutefois qu'il ne constitue qu'un « *arbitrage volontaire sui generis* », et à l'égard duquel les règles ordinaires de l'arbitrage tracées par les articles 1003 et suivants. Procéd. Civ. se trouvent modifiées par une conséquence nécessaire de la nature commerciale du contrat, et du défaut de nomination des arbitres dans la clause compromissoire; que, par suite, si l'arrêt attaqué a donné, dans ses motifs, une qualification inexacte à l'arbitrage dont il s'agit, sa décision est parfaitement irréprochable...etc.»

En se prononçant ainsi, la Cour suprême fait de la clause compromissoire, permise par l'article 332. C. Com. une clause isolée, arbitraire, que rien, semble-t-il, ne justifie d'une façon spéciale. Qu'il nous suffise de remarquer à cette place que la Cour de Cassation évite de pénétrer la pensée du législateur ; et pourquoi cette attitude, sinon parce qu'elle eût été forcée, après un examen approfondi, de reconnaître, comme nous le verrons dans la discussion, que l'intention de ce législateur n'avait peut-être pas été tout à fait celle que la Cour lui voulait attribuer ?

Un seul point reste à examiner : comment est assuré le respect de cette clause de police d'assurance maritime, quand un des souscripteurs a refusé de la réaliser ? La jurisprudence n'a pas été embarrassée, et ce qui paraissait si défectueux en thèse générale, fut adopté ici, sans aucune objection. Les arrêts relatés

ci-dessus nous ont montré comment l'exception soulevée par la partie qui veut manquer à son engagement était rejetée ; et comment le tribunal arbitral est constitué de force, et l'arbitre imposé à la partie qui se dérobe par le Tribunal de droit commun. Il en était déjà décidé ainsi sous l'empire de l'Ordonnance de 1861[1]; l'article 70 du titre 6 du livre 3 est conçu comme suit : « Lorsque la police contiendra soumission à l'arbitrage, et que l'une des parties demandera d'être renvoyée devant les arbitres, avant aucune contestation en cause, l'autre partie sera tenue d'en convenir, sinon le juge en nommera pour le refusant. » Les Tribunaux actuels suivent la même marche. L'arrêt de la Cour de Cassation du 27 novembre 1860 (*loc. cit.*), en sa seconde partie, déclare que les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître des contestations auxquelles peut donner lieu un compromis en matière commerciale, et, par exemple, pour nommer, à défaut des parties, les arbitres appelés à statuer, en vertu d'une clause compromissoire, sur les contestations nées d'un contrat d'assurances maritimes.

Et la jurisprudence est allée encore plus loin. Elle a déjoué les fraudes par lesquelles on essayait de se soustraire à l'effet de la clause compromissoire, voulant assurer intégralement l'application de l'article 332. C. Com. En effet, pour échapper à l'obligation créée par la police, le propriétaire des marchandises assurées, use parfois de ce procédé : il agit en responsabilité devant les tribunaux ordinaires, contre l'assureur et contre l'armateur tenu des fautes du capitaine, et le tribunal ainsi saisi se déclare compétent, en invoquant

la disposition de l'article 59, § 2, Procéd. Civ., qui reconnaît au demandeur le droit d'assigner, en cas de pluralité de défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux. (Trib. Com. Marseille, 19 octobre 1891. *Journal Marseille*, 1892. 1. 17). Cette manière de faire, répond la Cour d'Aix (arrêt du 23 mai 1892. D. P. 1893. 2. 383) est critiquable : *l'assureur doit pouvoir, en toute circonstance, invoquer contre l'assuré la clause compromissoire ;* l'article 59, § 2, Procéd. Civ. suppose, pour son application, que le concours des juridictions s'établit entre tribunaux relevant du même ordre ; ce qui ne se produit pas lorsque l'un des tribunaux est incompétent *ratione materiæ* à l'égard de l'un des défendeurs ; ce qui ne se produit pas, par exemple, pour les tribunaux ordinaires, à l'égard des assureurs, au cas où une clause compromissoire a été insérée dans la police d'assurance. (1)

Comme on en peut juger, il n'était pas téméraire d'affirmer, que la validité de la clause compromissoire, sur un certain point, était hors la discussion, admise par tous. Elle n'est pas seulement reconnue par la loi, mais protégée par la jurisprudence, qui a très bien su trouver les sanctions nécessaires au respect des conventions librement formées entre parties.

---

(1) Voir : Lyon-Caen et Renault. *Droit Commercial*, tome VI, n° 1211.

SECTION II

POINTS EN DISCUSSION

§ I

La Clause Compromissoire en présence des textes

A. — La Clause compromissoire et l'article 332 *C. Com. étendu.* — Les législateurs n'ont pas donné pour tous les contrats des solutions aussi nettes que pour les assurances maritimes. L'article 332 C. Com. est le seul texte qui vise directement la clause compromissoire. Tant que sa validité ne fut pas discutée, avons-nous déjà dit, on ne se préoccupa en aucune façon de la portée exacte de ce texte; mais dès que la jurisprudence entra dans la voie de la nullité, l'existence de cette disposition fournit aux défenseurs de la clause un argument qu'on n'avait pas prévu, et auquel il fallut répondre. A côté de la question du sens même de cet article, sur lequel tout le monde est d'accord, une autre question s'est posée, plus délicate, appelant une réponse précise, qui allait nécessiter la recherche des raisons d'être de cette exception : l'avant-dernier paragraphe de l'article 332 C. Com. doit-il être considéré comme dérogeant à une prohibition générale, ou comme appliquant une règle incontestée, visant un exemple entre mille d'une con-

incontestée, visant un exemple entre mille d'une convention toujours valable ? Il était difficile d'escamoter la discussion, et l'examen approfondi des intentions du législateur, quand il avait écrit cet article, devenait inévitable.

On se heurtait invariablement à ce texte, que partisans et adversaires lisaient chacun à sa manière ; les premiers pour en induire directement la validité générale de la clause ; les seconds pour y prétendre trouver un argument *a contrario* irréfutable.

*
* *

Ceux qui combattaient et pourchassaient la clause compromissoire dans toutes ses manifestations, étaient nécessairement amenés à donner une portée restrictive à l'article 332 C. Com. Leur raisonnement était celui que l'on emploie pour tous les arguments de ce genre : si le législateur, disent-ils, avait partout ignoré l'existence de la clause compromissoire, la discussion serait ouverte, et pourrait donner quelque résultat au gain de ses partisans ; mais le silence du législateur n'a pas été complet ; un texte vise directement la clause ; d'où on peut conclure, avec quelque assurance, que la pensée de ce législateur était plutôt hostile que favorable à la validité. Ce silence général est rendu plus significatif encore par le soin tout spécial qui a été pris de maintenir la clause dans un seul contrat, celui qui concerne l'assurance maritime, où elle fut toujours en

usage, à supposer que la nature de ce contrat, qui touche au droit international autant qu'au droit interne, ne suffise point à lui seul pour justifier ce texte, et pour détruire l'objection qu'on a cru pouvoir puiser dans cette disposition, qui n'est d'ailleurs que purement exceptionnelle. Si les rédacteurs de la loi ont cru devoir la transcrire, pour autoriser la clause compromissoire dans ce seul cas, c'est qu'ils la prohibaient partout ailleurs : *Qui dicit de uno negat de altero.*

Au surplus, ajoutent-ils, il existait des raisons majeures pour maintenir cette exception. Le législateur fut guidé d'abord par des considérations traditionnelles et historiques ; l'article 332 C. Com. n'est en effet que la reproduction fidèle de l'article 3, titre 6, de l'Ordonnance sur la Marine, d'août 1681, et, sous l'empire de cette dernière, la clause compromissoire était validée dans les polices d'assurances maritimes, sans qu'il fut nécessaire d'y désigner l'objet du litige et les noms des arbitres ; c'eût été porter atteinte à un usage établi que de ne pas maintenir une exception en cette matière.

Enfin « le législateur a aussi pensé que, comme les contestations, naissant du contrat d'assurances maritimes, sont toujours à peu près de la même nature, les parties qui y stipulent la clause compromissoire comprennent la portée de leur convention, ce qu'on ne pourrait pas dire si cette clause était insérée dans les autres contrats ». (1)

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Droit Commercial*, tome VI, n° 1210.

Tel est le résumé des arguments invoqués en faveur de l'interprétation restrictive. Ils sont ceux que les auteurs ont soutenus (1), dans un raisonnement identique à celui de la jurisprudence, dont il est intéressant de parcourir quelques décisions, et de noter quelques considérants.

Dans une affaire jugée par la Cour de Cassation, le 10 juillet 1843 (Portalis, premier Président ; Hello, avocat général), un sieur Prunier, avait assuré ses usines contre l'incendie, à la Compagnie *L'Alliance*. La promesse de compromettre avait été portée dans la police, avec le mode de choix des arbitres. Le 9 novembre 1839, un incendie détruit la presque totalité des bâtiments de Prunier. Des experts, nommés par la Compagnie et l'assuré, estiment le dommage à la somme de 29.338 francs. Prunier est obligé d'assigner, devant le Tribunal Civil de Lyon, la Compagnie qui refuse le paiement. Celle-ci décline la compétence du tribunal et demande son renvoi devant arbitres : le Tribunal rejette cette exception. Appel par la Compagnie : la Cour rejette l'appel. Pourvoi enfin par *L'Alliance*, qui expose, parmi d'autres moyens et raisons, « que les compagnies d'assurances contre l'incendie n'existaient pas encore en France à l'époque de la promulgation du Code de Procédure ; que, si l'on veut appliquer l'article 1006 de ce code à la clause compromissoire insérée dans les polices d'assurances, ce ne peut être que par

(1) Voir Boncenne et Bourbeau ; Boitard et Colmet-Daage ; Garsonnet ; *loc. cit.*

la voie de l'analogie ; mais si l'on est obligé de juger par analogie, la Compagnie trouve un argument victorieux dans l'article 332 C. Com. ; car, on ne peut contester qu'il existe une grande analogie entre les assurances maritimes et les assurances terrestres ; les mêmes principes doivent les régir ; si donc l'article 1006 Procéd Civ. n'est pas applicable aux assurances maritimes, il n'est pas applicable non plus aux assurances terrestres. » Le pourvoi, admis par la Chambre des Requêtes, au rapport du conseiller Troplong, et sur les conclusions de l'avocat général Delangle, est rejeté par la Chambre Civile : « Attendu que l'article 332 C. Com... n'a pour objet que les assurances maritimes ; que ces assurances... sont soumises à une législation particulière et spéciale, dont les règles ne sauraient être étendues par les juges, sans un évident excès de pouvoirs, aux assurances terrestres contre l'incendie... »

A la suite de cet arrêt, la Cour de Douai, dès le 30 août de la même année, décide : « que l'article 332 C. Com. contient, sur la soumission à des arbitres, en matière de contrats d'assurances maritimes, des principes spéciaux qui ne peuvent être étendus à d'autres cas..... » Voilà pour la tentative d'extension du texte.

Quant à ses raisons d'exister, on peut les trouver dans un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille du 9 novembre 1858 (*loc. cit.*) : « que cette décision (la nomination des arbitres, d'office, par le Tribunal, quand une partie s'y refuse, en exécution de la clause d'arbitrage d'une police d'assurances maritimes) paraît d'autant plus conforme à la lettre et à

l'esprit de la loi actuelle, que l'Ordonnance de la Marine de 1681 attribuait cette nomination au *juge du contract*, et que les mêmes motifs subsistent ; que les législateurs du nouveau Code n'ont pas voulu s'écarter des prescriptions de l'ordonnance sur lesquelles ils se sont guidés... etc...». Et la Cour d'Aix (25 février 1859, *loc. cit.*), confirmant ce jugement considère aussi « que l'origine et la véritable portée de l'article 332 se trouvent dans l'Ordonnance de 1681... » La Cour Suprême invoque les mêmes antécédents pour motiver le rejet de pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Aix. (Cassation, 27 novembre 1860. D. P. 1861. 1. 494.)

Aucune équivoque dans toute cette théorie. C'est par les principes du droit ancien qu'on légitime l'inextensible exception de l'article 332 C. Com.

*
* *

Il tombe sous le sens, avec un peu de réflexion et d'analyse, que ce raisonnement est complètement erroné.

Et d'abord, l'article 332 C. Com. n'autorise pas, à proprement parler, la clause compromissoire ; il la mentionne : « Le contrat... *exprime... la soumission à des arbitres, si elle a été convenue.* » Les termes de ce paragraphe ne déclarent pas la clause valable ; ils la supposent telle, capable d'être l'objet d'une convention des souscripteurs. Reprenons l'entier libellé de l'article : on y lit en premier lieu, que le contrat doit être

rédigé par écrit ; on y trouve ensuite une énumération détaillée, et non limitative, de tout ce que la police qui le constate doit ou peut contenir. La clause de soumission aux arbitres figure au nombre des différentes clauses qui peuvent être introduites dans le contrat d'assurances, clauses dont la validité n'est pas en jeu, clauses qui ne sont pas toutes spéciales à l'assurance, mais dont certaines se voient communément en d'autres contrats ; l'alinéa qui la concerne est en effet immédiatement suivi de cette phrase : «... et généralement toutes les autres conditions dont les parties sont convenues. »

Est-ce dans des termes aussi vagues, aussi généraux, qu'un législateur consacrerait une exception unique à une règle absolue ? Assurément non. Et telle n'était pas la pensée des rédacteurs. Ce qu'ils se sont proposés dans cet article, c'est tout simplement de faire savoir aux contractants qu'ils doivent rédiger par écrit toutes les conventions qu'ils font, et au nombre desquelles se trouve celle qui a pour objet d'établir le jugement par des arbitres, en cas de contestations.

Ce n'est donc pas une exception que le législateur a introduit, de cette façon. Le texte seul le prouve ; les travaux préparatoires du Code appuient cette opinion. Il est bien exact que l'article 332 C. Com. se réfère aux usages du commerce, et offre une reproduction à peu près identique de la disposition de l'Ordonnance de 1681 dont il découle. Une reproduction à peu près identique, quant au sens et à l'allure générale, mais non point une reproduction littérale. Certains changements y ont été apportés ; une expression ajou-

tée. Cette addition a été pesée, voulue. L'article 3, titre 6 de l'Ordonnance, disait : « La police contiendra... la soumission des parties aux arbitres, en cas de contestation, et généralement toutes les autres conditions dont elles voudront convenir. » Cette façon de s'exprimer pourrait, jusqu'à un certain point, faire croire que l'arbitrage en matière d'assurances maritimes était forcé. Nous voyons bien que la fin de la phrase, « les conditions dont elles *voudront* convenir », laisse entendre, que la soumission aux arbitres était volontaire : cependant, une équivoque serait facile, en séparant les deux propositions. Cet arbitrage n'avait rien de l'arbitrage forcé, tel qu'il existait, par exemple, en matière de société commerciale.

L'usage avait introduit la pratique constante de la clause entre les assureurs et les assurés. Valin rapporte qu'on ne voyait guère de polices d'assurances qui ne la contiennent pas (1). Les auteurs de l'Ordonnance, bien fixés sur ce qui se pratiquait dans le commerce, voulurent avertir que l'usage n'aurait pas, en cette matière, force de loi, et qu'une disposition expresse, dans la police, serait nécessaire pour que l'arbitrage dût avoir lieu.

Lors de la discussion du projet du projet du Code de Commerce au Conseil d'Etat, on proposa de rendre l'arbitrage forcé en matière d'assurances maritimes,

---

(1) Valin. *Commentaire de l'Ordonnance de* 1681, tome II, p. 154.

comme il l'était en matière de sociétés commerciales (1). Cette proposition ne fut pas admise, et dans la rédaction définitive du Code, à cette avant-dernière partie du texte, pour dissiper désormais toute équivoque, les rédacteurs ajoutèrent un membre de phrase, qui précise bien ce qu'ils ont voulu. On eût alors : « Le contrat... exprime... la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, *si elle a été convenue ;* et généralement... »

Si donc le législateur avait eu dans la pensée d'ap-

---

(1) « Cette mesure paraissait à quelques personnes de nature à accélérer l'exécution de contrats d'asurances. Les Chambres de Commerce, a-t-on dit, ayant beaucoup de crédit et d'amis, un individu isolé, en procès avec elles, parvient très lentement à obtenir justice, et il résulte de là un autre inconvénient, c'est que des français se font assurer à l'étranger. Il a été répondu que la vérité se trouvait plutôt dans la proposition inverse de celle qu'on venait d'énoncer ; que, dans une contestation entre un assuré et une compagnie d'assureurs, tout l'avantage est du côté de l'individu isolé, de l'assuré, parce que l'objet intéresse presque toujours sa fortune, et qu'il s'en fait une affaire grave et personnelle, tandis que les assureurs n'ont qu'un intérêt très divisé, peu important pour chacun d'eux ; que c'est l'affaire de tous, et celle de personne ; que les français portent peu maintenant leurs assurances à l'étranger, depuis que, dans toutes nos places maritimes, il s'est établi des compagnies d'assurances, qui présentent plus de garanties et incontestablement plus de loyauté que les assureurs étrangers, que leur éloignement rend d'ailleurs plus difficiles à poursuivre ; que l'arbitrage forcé ne remédierait au surplus à rien ; qu' ainsi aucun motif ne devrait empêcher de consacrer la disposition de l'Ordonnance de 1681, qui rendait l'arbitrage purement facultatif. » Cette dernière opinion a prévalu. — (Dalloz. J. G. V° *Droit Maritime*, n° 1542.)

porter à cet endroit une exception formelle à un principe de nullité édicté partout ailleurs, est-il possible d'admettre, qu'il ne l'eût pas fait remarquer d'une façon spéciale ? En ajoutant ces mots *si elle a été convenue*, en même temps qu'il écartait l'arbitrage forcé, et voulait qu'en cette matière il soit volontaire, le législateur a souligné que la clause compromissoire, clause banale inscrite dans un contrat parmi d'autres clauses banales, était une convention admise, licite, valable. Que s'il y avait une exception voulue, mais sous-entendue, un écho s'en trouverait, semble-t-il, quelque part ; cette affirmation de volonté eut laissé trace. On ne trouve rien autre chose dans les travaux préparatoires que cette discussion avortée, sur l'arbitrage maritime forcé. Rien dans l'*Exposé des motifs*, des Titres 9 et 10 du Livre II, C. Com., présenté au Corps législatif, par M. Corvetto, conseiller d'Etat (séance du mardi 8 septembre 1807) ; rien dans le discours de M. Challan, au nom des sections de Législation et de l'Intérieur du Tribunat sur les mêmes titres du même livre (séance du mardi 15 septembre 1807).

On peut donc affirmer sans scrupule aucun, que l'article 332 C. Com., est *déclaratif* du droit des contractants. Les rédacteurs du Code ont été amenés à placer cette énonciation, naturellement, parmi les autres, qui doivent être écrites : le compromis nécessitant cette preuve de l'écriture, la promesse d'en faire un devait suivre le même sort. Vouloir tirer de là autre chose, dire que la clause compromissoire ne peut figurer dans les contrats autres que l'assurance maritime, c'est donner à cet article une interprétation dénuée de

toute logique, c'est lui appliquer à faux, la règle, d'ailleurs peu sûre : *qui de uno dicit, de altero negat.*

Toutes ces raisons, toute cette démonstration de bon sens, la jurisprudence et la doctrine contraires les avaient connues, en même temps que méconnues, et elles s'étaient attachées à trouver d'autres motifs, accoutrés d'une appellation latine, pour parer à la faiblesse de leurs affirmations !

Si cette exception a été maintenue dans l'article 332. C. Com., répétait-on, c'est parce que son origine et sa portée, se trouvent dans l'Ordonnance. Son origine, soit ! Mais si l'on veut donner à cet article 332, la portée qu'avait l'article correspondant de l'Ordonnance, il n'y a plus exception. Il est bon d'invoquer un passé, une tradition ; il est mieux de savoir en quoi ils consistent, et de les appliquer exactement. A l'époque de l'Ordonnance, la clause compromissoire était valable dans tous les contrats ; elle était répandue et admise à un point tel que les Ordonnances de 1673 et 1681 furent obligées de s'en occuper, la première pour la transformer en règle obligatoire, la seconde pour en ménager la preuve ; elle était répandue et admise à un point tel, que Valin — nous l'avons déjà cité — allait jusqu'à dire qu'il ne fallait pas toutefois conclure que son omission emportait la nullité du contrat. Ainsi la portée de l'article 332, valeur prise dans l'Ordonnance de 1681, est considérable ; et l'argument se retourne contre ceux qui le manient si maladroitement.

Au lieu d'être une exception, cette disposition est un aspect d'une règle générale.

Et la même doctrine et la même jurisprudence disaient encore : « cette exception n'est pas seulement motivée par des considérations historiques, mais encore par la nature même du contrat où on l'autorise ; parce que tous les litiges qui peuvent s'élever à l'occasion d'une police d'assurances maritimes, rentrant toujours dans certaines catégories connues, les parties, en acceptant une telle stipulation, savent à quoi elles s'engagent. » Qu'a donc de si spécial le contrat d'assurances maritimes; en quoi diffère-t-il tant des autres ? N'y a-t-il pas la plus intime analogie entre le contrat d'assurances terrestres et celui d'assurances maritimes ? En vérité, l'application d'une police maritime, ou de réassurance maritime, puisque la clause compromissoire y est aussi autorisée (1), fera peut-être surgir

(1) Les partisans de l'interprétation restrictive de l'article 332 *C. Com.*, avaient poussé leur pharisaïsme de doctrine jusqu'à se demander si la clause compromissoire serait valable, insérée dans un contrat de réassurance maritime. La jurisprudence admet l'affirmative. MM. Lyon-Caen et Renault, écrivent, visant ce point : « La clause compromissoire s'applique-t-elle au cas devenu très fréquent, où il s'agit d'un traité de réassurance, c'est-à-dire d'une réassurance applicable non à des risques déterminés individuellement, mais à tous les risques que le réassureur prendra à sa charge ? Oui, car ce sont des contrats de réassurance. Or, dans ces contrats, la clause compromissoire est admise. On prétend qu'il n'y a assurance qu'autant qu'il y a des objets assurés. Nous ne voyons pas sur quoi on peut fonder une telle affirmation. Il est vrai qu'à l'époque à laquelle le Code de Commerce a été rédigé, on ne connaissait que des réassurances s'appliquant à des risques précis dont le réassuré s'était en-

plus de complications, voilà tout. Mais les litiges qui naîtront de l'assurance terrestre seront aussi toujours les mêmes, toujours prévus, classés : paiement des primes, règlements des indemnités de sinistres, déchéances, etc...

Il en est de même dans tous les contrats. Soit un contrat de bail : on sait qu'il peut naître des procès pour l'obligation de jouissance, le paiement des loyers,

---

tièrement chargé. Mais qu'importe ! les polices flottantes et les polices d'abonnement sont bien considérées comme des polices d'assurances maritimes, et pourtant elles sont relatives à des risques indéterminés à courir. Il y a contrat d'assurance, que les choses assurées soient déjà exposées aux risques de mer, ou qu'elles ne doivent y être exposées que par la suite : l'assurance ne suppose donc pas des risques actuels ou déterminés par avance. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la réassurance ? En définitive, le contrat renferme toujours les mêmes éléments ; les conditions en sont seulement un peu modifiées par suite des besoins nouveaux du commerce. »

Nous ne saurions nous plaindre de cette extension de l'article 332 : voilà bien une exception qui s'étend de façon considérable. Mais alors, l'argumentation de nos adversaires, basée sur une prévision nette et déterminée des procès éventuels ; impliquant nécessairement la prévision des risques à courir ; cette argumentation tombe. La réassurance est applicable à tous les risques — risques indéterminés, imprévus — que le réassureur prend en charge. Que devient la prévision des litiges ? Insérer une clause compromissoire dans un contrat de cette nature est certainement, chose plus hasardeuse, aux conséquences plus aléatoires, que de l'insérer dans n'importe quel autre contrat.

La jurisprudence, en admettant ce système (Cassation, 19 juin 1900. *Jurisp. Nantes*, 1900. 1. 438), ouvre une brèche dans la théorie croulante de l'inextensibilité de l'article 332.

l'état des lieux, les réparations, etc... Dans la vente, délivrance, garantie, paiement du prix, causes de nullité, etc... tout est prévu. L'objet des litiges éventuels sera toujours limité par l'objet même du contrat, et les différentes obligations qui en sont la suite.

Ainsi donc, dans chaque convention qu'elles passent les parties savent à quoi elles s'engagent, aussi clairement que quand elles signent une police d'assurance maritime. Et on peut dire que la nature même de chaque contrat, quel qu'il soit, le rend apte à contenir une clause compromissoire.

Cet arrêt de la Cour de Cassation du 10 juillet 1843 (*loc. cit.*), était allé au devant de l'objection et avait essayé de briser l'irrésistible force qui s'en dégageait, par un motif d'ordre public. L'article 332 C. Com., dit-il, ne peut être étendu aux assurances terrestres ; si l'on validait cette extension, « il faudrait reconnaître et consacrer sa validité dans tous les contrats ; cette stipulation deviendrait, en quelque sorte, banale et de pur style, et l'on serait privé des garanties que présentent les Tribunaux. » Nous examinerons en son temps ce dernier motif. Constatons qu'on bâillonnait une logique implacable, mais gênante, en tirant des conclusions erronées qui ne répondaient en rien aux justes prémices qui s'imposaient d'elles-mêmes.

Recueillons enfin cet aveu, chez MM. Lyon-Caen et Renault, adversaires de la validité de la clause, ou plutôt ralliés à la jurisprudence. En leur ouvrage, il se trouve dans la note qui fait suite à l'exposé du dernier motif invoqué par les Tribunaux et les jurisconsultes, tirée de la nature spéciale du contrat d'assu-

rances maritimes, qui permet de prévoir toutes les contestations auxquelles il pourra donner le jour, et de comprendre la portée de la convention compromissoire : « La raison, disent-ils, *ne paraît pas bien sérieuse.* Ce qui est dit du contrat d'assurances maritimes peut s'appliquer à tout autre contrat déterminé. Le motif ne serait bon que pour expliquer la nullité d'une convention par laquelle deux personnes déclareraient que les contestations qui pourraient s'élever entre elles, quelles qu'elles soient, seront réglées par des arbitres. » (*loc. cit.*).

Inutile de pousser plus avant ! Concluons hardiment que la clause d'arbitrage qui peut être insérée dans une police d'assurances maritimes, en vertu de l'article 332 C. Com., doit, par identité de motifs, pouvoir être insérée dans tout autre contrat, pourvu, bien entendu, qu'il soit déterminé. Le sens, ni les raisons de cet article, ne le présentent comme une exception ; il faut en admettre l'interprétation extensive, la seule vraie, raisonnable et logique.

B. — La Clause Compromissoire et l'article 1006. *Procéd. Civ.* — L'argument *a contrario*, tiré de l'article 332 C. Com., n'était pas assez sûr pour les adversaires du système de la validité de la clause compromissoire. Un texte prohibitif eut été bien préférable. Ce texte existait-il dans nos lois ? Le silence du législateur touchant cette convention, n'était-il pas seu-

lement superficiel ? On a cru trouver ce texte dans l'article 1006. Procéd. Civ. « Le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité. » De son interprétation est sorti l'argument principal invoqué par les partisans de la nullité.

*
* *

L'arbitrage, a-t-on dit, est soumis à certaines conditions d'existence ; il a des règles propres et déterminées. Les règles peuvent, au gré des parties, subir certaines modifications, sans toutefois sortir des limites que le législateur a prévues. Mais les conditions d'existence ne sont pas aussi malléables. Elles sont fixes ; on n'y peut toucher sans détruire les bases indispensables de l'institution. Or, l'une de ces conditions *sine qua non* est qu'il existe un compromis : le compromis est de l'essence de la juridiction arbitrale. Rien ne peut le remplacer. Arbitrage et compromis sont deux corrélatifs inséparables ; celui-là suppose nécessairement celui-ci, d'après le Tribun Mallarmé. La loi n'a pas imposé de termes sacramentels pour la rédaction du compromis : néanmoins, ses deux éléments vitaux, c'est-à-dire l'indication de l'objet en litige et le nom des arbitres, doivent y être exprimés. Par conséquent, toute *convention d'arbitrage*, qui ne satisfait pas à ces conditions, est atteinte par la nullité que prononce l'article 1006 Procéd. Civ.

Cet argument a été exposé de la façon la plus complète par Championnière (*Revue de Législation, loc. cit.*) : « Le procès et les juges forment la *chose* du con-

trat, chose qui doit être déterminée pour que l'obligation prenne l'existence qui lui est propre (art. 1129. C. Civ.)... Comment, dès lors, reconnaître ce compromis restreint, réglé, le seul valide et obligatoire aux yeux de la loi, dans une disposition générale par laquelle des particuliers, formant entre eux une convention qui doit servir de base à des opérations projetées, desquelles peuvent sortir des contestations sans nombre et de toute espèce, s'engagent à en soustraire le jugement aux tribunaux institués par la loi ; renoncent à toutes les garanties de la justice régulière, abandonnent... un différend dont ils ne savent ni l'importance, ni l'objet, aux chances d'une décision à rendre par des individus qu'ils ne connaissent pas encore ; se rendent enfin justiciables à merci d'hommes peut-être prévenus, peut-être incapables, et que, par la force même de la stipulation, soit leur adversaire, soit un tiers étranger au contrat, leur imposeront un jour, comme juges souverains ?

« Incontestablement, *cette convention n'est pas le compromis* ;... ce n'est pas là cette juridiction volontaire, dont les contractants doivent l'usage au principe de la liberté ; c'est au contraire un engagement aveugle, dans lequel cette liberté est imprudemment aliénée.

« Ces considérations sont d'une vérité tellement manifeste, que personne n'a prétendu faire valoir la clause compromissoire dont il s'agit, comme compromis. C'est à l'aide de distinctions plus ou moins plausibles, qu'on a tenté de la soustraire à la nullité prononcée par l'article 1006... »

Car « dans l'article 1006, le législateur fait tout

autre chose que de constater l'imperfection du compromis... ; il prononce une nullité. Il y a donc à ses yeux une chose qui existe par elle-même et qui substituera si on ne l'annule ; un acte, une stipulation qu'il est besoin de frapper de nullité, qu'il faut anéantir parce qu'on ne veut pas qu'elle ait un effet légal....

« Il est impossible que l'article 1006 trouve son application, s'il n'existe pas un acte dans lequel les parties s'engagent à faire juger une contestation par des arbitres ; il est impossible, en outre, que, dans cet acte, elles ne promettent pas, implicitement ou expressément, de déterminer plus tard l'objet du procès à soumettre à la voie arbitrale, et les personnes qui le jugeront. Ainsi l'acte que l'article 1006 frappe de nullité,... c'est celui qui contient nécessairement une promesse de compromettre plus ou moins prochaine, plus ou moins voisine du compromis lui-même... La stipulation, sans doute, contient tous les éléments d'un contrat, et pourtant elle est nulle... C'est une convention qui n'est pas le compromis, quoiqu'elle tende à l'engendrer et à le devenir, mais qui ne le deviendra jamais, parce qu'elle n'a pas reçu le pouvoir d'exiger son complément... On ne prouve rien donc, ou plutôt on démontre la nullité contestée, en disant que la clause compromissoire n'est pas un compromis, mais une promesse de compromettre ; c'est précisément une stipulation de ce genre que la loi refuse de sanctionner... »

Ainsi donc, l'acte annulé par la loi, c'est le compromis imparfait. Peu importe la dénomination dont on le couvre, promesse de compromettre ou clause compro-

missoire. Car, si la promesse était valable, elle aurait nécessairement pour effet la conclusion d'un compromis : elle équivaut donc à ce dernier ; et l'article 1006 englobe ces deux aspects d'un même acte incomplet dans une même réprobation.

Le développement donné par Championnière à cet argument, qu'il avait lui-même emprunté en partie à la jurisprudence, a renforcé l'opinion de cette dernière, et a grandement servi à son unification. Dans toutes les décisions des Tribunaux, il est demeuré presque immuable, dans les matières les plus diverses.

En thèse générale, on retrouve dans les arrêts les dispositions adoptées par la Cour de Nimes, en 1842 (arrêt du 16 mars, *loc. cit.*) : L'article 1006 édicte une règle formelle ; c'est s'écarter de la lettre de la loi et de l'intention du législateur que d'admettre une distinction entre la promesse de compromettre et le compromis ; aucune disposition légale ne la justifie..., etc.

Et tous les jugements emboîtent le pas !

Une société d'assurances contre l'incendie a inséré la clause compromissoire dans ses statuts : « En cas de contestation, elles seront soumises à trois arbitres, dont deux seront choisis, etc...» ; sur assignation devant le Tribunal Civil, le directeur invoque cet article de la police. On lui répond : « Attendu que l'article 14 des statuts... qui renferme le compromis... ne contient pas les désignations prescrites par l'article 1006 Procéd. Civ... » (Paris, 9 janvier 1843. S. 1843. 2. 62.) et Paris confirme Paris le 31 janvier suivant (S. 1843. 2. 63.), en cette matière des assurances terrestres. Consé-

quence : les polices ne contiennent plus la convention d'arbitrage.

Les sociétés commerciales, cependant protégées par les articles 51 et s. C. Com., ne sont point à l'abri des coups de la jurisprudence ; et un arrêt de la Cour de Rouen (4 décembre 1843. D. P. 1844. 1. 100), frappe de nullité une clause compromissoire insérée dans un acte de société. Même solution dans un arrêt de Lyon, 7 février 1849 (D. P. 1849. 2. 178). De telles décisions préparaient la loi du 17 juillet 1856.

Les sociétés de secours mutuels ne sont pas hors la loi ; donc pas plus d'exception pour elles que pour les autres. La question fut souvent agitée. En effet, ces sociétés, par leur but et leurs caractères, tendent à faire régler par leur conseil d'administration les contestations qui peuvent naître de leur fonctionnement, soit dans leurs rapports avec leurs associés, soit dans les rapports des mutualistes entre eux. On trouve très souvent, pour ne pas dire toujours, à l'heure actuelle, dans leurs statuts, une clause imposant aux adhérents l'obligation de porter leurs difficultés devant le con- en tribunal arbitral. Cette clause est nulle pour la ju- seil d'administration, constitué pour la circonstance risprudence ; raison tirée de l'inobservation des prescriptions de l'article 1006. Procéd. Civ. Les arrêts sont légion. Nous n'en citerons qu'un (Cassation, 23 mai 1860. D. P. 1860. 1. 243), intervenu sur les faits suivants :

Les ouvriers d'une fabrique avaient constitué entre eux une société de secours mutuels. Suivant un article des statuts, tous les différends entre associés doivent

être jugés par le conseil de surveillance. Un sociétaire réclama un secours pour une période de maladie. Le conseil repoussa cette demande. Le juge de paix du canton de Creil, devant qui l'associé porta l'affaire, accueillit sa réclamation. Le président de la société fit appel et le tribunal de Senlis admit ses conclusions tendant à l'incompétence du magistrat cantonal. L'ouvrier fut renvoyé à se pourvoir comme de droit. Il se pourvut en effet, non plus devant le Conseil de surveillance, mais en cassation. Le moyen fondé sur la violation de l'article 1006 Procéd. Civ., fut accueilli : « Attendu... que l'article 1006 exige... que la clause (des statuts) précitée est trop vague et conçue dans des termes trop généraux pour qu'il soit possible de la considérer comme satisfaisant à cette prescription... ; qu'aucune loi n'affranchit les sociétés de secours mutuels de son application... » (1).

Les sociétés coopératives sont aussi soumises aux mêmes règles (Poitiers, 12 juillet 1894 et Cassation, 27 janvier 1896. S. 1896. 1. 213) ; tout comme les sociétés de jeux (Cassation Req. 28 juin 1886. D. P. 1887. 1. 55) : « Attendu que s'en remettre vaguement aux décisions d'un comité n'est point satisfaire aux exigences de l'article 1006. P. C., quant à la désignation des arbitres, parce qu'un comité n'est pas même une personne morale, mais une collection d'individualités pouvant varier incessamment... Attendu que sou-

(1) V. aussi Toulouse, 14 janvier 1889 (D. P. 1890. 2. 135) et Agen, 12 mars 1891. (D. P. 1891. 2. 373.)

mettre d'avance à des arbitres toutes les difficultés à naître, même à raison d'un point déterminé, n'est pas non plus satisfaire aux exigences de l'article 1006 précité, en ce qui concerne la désignation des objets en litige... » Il en est de même encore pour les sociétés de courses (Pau, 26 décembre 1891. D. P. 1892. 2. 97. et Trib. Seine, 17 juillet 1894. D. P. 1895. 2. 77).

***

Cette interprétation de l'article 1006 Procéd. Civ. est inexacte ; son sens est faussé ; son but dépassé. Le législateur n'a pas eu l'intention de prohiber dans ce texte la clause compromissoire.

Un lecteur sans prévention saura facilement donner l'explication véritable de cet article, l'explication normale, qui le met en harmonie avec ceux qui le précèdent ou le suivent.

Le mot « compromis » employé par l'article 1006, désigne ici, non pas la convention elle-même, le *negotium*, mais bien l'acte, l'*instrumentum* destiné à l'établir, à la prouver. Cela est clair. Mais, avant toute démonstration, il convient de remarquer, qu'il arrive souvent aux rédacteurs de nos codes de confondre sous la même dénomination un contrat et l'écrit qui en constate la conclusion. Par exemple, article 1582 C. Civ. : La *vente* est une *convention... Elle* peut être *faite* par acte authentique ou sous-seing privé. Cette confusion

s'est reproduite dans la matière des arbitrages. Il n'y a aucun doute à avoir quant à l'expression dont on s'est servi dans l'article 1005 Procéd. Civ. : « Le *compromis* pourra être *fait* par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous-signature privée. » Evidemment, ici, le mot « compromis » vise l'écrit qui constate la convention de compromis. Ce mot est répété dans l'article 1006. Nous le retrouvons dans l'article 1007. Dans ce dernier article, il est non moins certain que pour l'article 1005, que le terme « compromis » est synonyme de : *instrumentum* du compromis : « Le *compromis* sera valable encore *qu'il ne fixe pas* de délai ; et, en ce cas, la mission des arbitres ne durera que trois mois, *du jour du compromis*. » Quel est ce jour, sinon celui qu'indique la date de confection de l'acte écrit ?

Le mot « compromis » a-t-il dans l'article 1006, une signification autre que celle qu'il a dans les deux articles 1005 et 1007, entre lesquels il est intercalé ? Est-il raisonnable de soutenir, est-il possible d'admettre, que le législateur, à quelques lignes d'intervalle, ait donné au même mot, un sens différent. Le rapprochement des trois textes doit nous éclairer. D'ailleurs, l'harmonie, la suite de leur sens est parfaite et ressort telle, si l'on a soin de remarquer que toutes les dispositions du Code de Procédure relatives à l'arbitrage, supposent une contestation née, et une convention par laquelle les parties constituent le tribunal arbitral chargé de la juger. Les articles 1005, 1006 et 1007 réglementent le mode de constatation de cette convention. Article 1005 ? L'écriture y est nécessaire.

indispensable ; de même qu'elle est exigée par l'article 2.044 C. Civ. pour la transaction ; ce qui implique que « la preuve testimoniale ou par présomptions, n'est pas admise en ces matières, même au-dessous de 150 francs ; parce que l'existence d'une convention, qui termine un différend, ou qui établit un mode de le juger, ne doit pas pouvoir être mise en question, et devenir elle-même le sujet d'un litige » (1). Article 1006 ? L'acte écrit qui constate cette convention doit contenir : 1) l'objet du litige « parce qu'il est de l'essence du pacte qui confère des pouvoirs à des arbitres de déterminer en quoi ces pouvoirs consistent » (*ib.*) ; 2) la désignation des arbitres convenus, parce qu'un arbitrage ne peut se réaliser sans des arbitres régulièrement nommés ; il sera nul, si l'une de ces deux énonciations est omise, parce qu'il sera alors incomplet. Article 1007 ? L'écrit doit être daté. Ainsi ces trois articles forment logiquement un tout inséparable : ils se complètent. En même temps que la loi établissait la nécessité de la preuve écrite en cette matière, elle voulait que cet écrit constatât, à peine de nullité, les faits qui se trouvaient être de l'essence de la convention. L'article 1006 a ainsi un sens très droit, sans ambiguité ; nous allions dire : sans arrière-pensée (2).

---

(1) Molinier. *Revue Critique, loc. cit.*

(2) On peut remarquer, en effet, que, sans cette exigence de la loi, les parties auraient souvent négligé d'indiquer dans le compromis l'objet de leur différend. N'auraient-elles pas craint de perdre quelque chose de leurs

C'est aussi le seul que les rédacteurs aient voulu lui donner. Reportons-nous au rapport fait au Corps Législatif, par le tribun Mallarmé, l'un des orateurs chargés de présenter le vœu du Tribunat sur la loi relative aux arbitres (séance du 29 avril 1806). Le tribun Mallarmé a prononcé cette phrase que les adversaires de la clause compromissoire ont exploitée : « un arbitrage doit nécessairement avoir pour base un compromis », en parlant d'un projet, où, répétons-le, on visait la solution par arbitre d'une contestation née. Le même orateur a fixé, dans le même ordre d'idées, sans ambages, et sans que ses paroles laissent une place quelconque à la discussion, le sens vrai et la portée exacte de l'article 1006 : « Après avoir désigné les personnes qui peuvent compromettre, et

---

droits en précisant cet objet ? par une méfiance naturelle, elles eussent redouté un oubli, une inexactitude, une rédaction vicieuse dans l'exposé de leurs griefs, que la partie adverse leur eût ensuite opposé victorieusement comme une fin de non-recevoir, un acquiescement ou un désistement tacite. L'article 1006 fait violence à cette prudence.

« Il n'est pas impossible non plus qu'un compromis soit muet sur les noms des arbitres. Une question litigieuse se pose : les deux adversaires sont d'accord pour compromettre. Afin de s'assurer le bénéfice de l'arbitrage, et de se lier mutuellement, ils signent de suite l'acte par lequel ils conviennent de s'en rapporter à des arbitres. Quant à ceux-ci, ils seront nommés plus tard, on se réserve de les choisir. Les parties veulent auparavant réfléchir sur ce choix, s'assurer du consentement d'une personne qu'elles désirent pour arbitre, de leur adhésion mutuelle, exercer librement et en connaissance de cause, leur droit de récusation. C'est cette lacune du compromis qui permet à l'une des parties d'en invoquer ensuite la nullité. » Molinier. *loc. cit.*

les matières qui peuvent faire l'objet d'un compromis, il (le projet) énonce les formes dans lesquelles *cet acte* peut être rédigé... *S'il est exigé, à peine de nullité, qu'il* (l'acte, instrumentum, dont on vient de parler) *précise l'objet du litige, et contienne le nom des arbitres, c'est que, ceux-ci n'étant pas des juges, n'ayant aucun caractère public, il faut bien que le compromis leur donne un titre, et aux parties une garantie contre tout excès de pouvoir* ».

Pothier, à qui les rédacteurs de nos Codes ont emprunté tant d'idées, tant de formules, tant d'expressions, Pothier n'avait pas mentionné la nullité de la clause compromissoire, et il avait seulement donné, sur le compromis, une règle, qui ajoute son autorité à nos preuves, une règle qui s'applique à l'*instrumentum* de ce contrat, et qui a été reprise par les auteurs du Code de Procédure dans l'article 1006 : « *L'acte de compromis* doit contenir les noms des arbitres, l'objet des contestations sur lesquelles les parties s'en rapportent à leurs décisions, et le temps dans lequel elles doivent juger. » (1) Telles sont les sources, tel est le sens, telle est la portée de l'article 1006. Et on peut dès lors assimiler à l'article 61 du Code de Procédure Civile : « L'exploit d'ajournement contiendra : 1°)... 2°)... 3°)... etc... le tout à peine de nullité ». C'est la même rédaction. C'est le même objectif que poursuivent ces articles : le premier est le titre, la première pièce de procédure qui va saisir la justice privée ; le

(1) Pothier. *Traité de la Procédure Civile*, 2e partie. Chap. IV, art. 2. (1878).

second remplit la même fonction en ce qui concerne la justice publique.

Si le législateur avait eu en vue, en écrivant ce texte, la prohibition de la clause compromissoire, il faudrait avouer qu'il s'est exprimé, presque d'une façon inintelligible, en tous cas d'une façon contournée, alambiquée et étrange. Est-ce bien le procédé dont usent nos Codes ? En général le sens des articles est fixé en un langage précis, sans équivoque. C'est faire injure aux rédacteurs du Code de Procédure que de leur prêter gratuitement, qu'en écrivant : *le compromis contiendra le nom des arbitres et l'objet du litige*, ils aient voulu dire : *la promesse de compromettre est nulle*. Ce qui confirme cette interprétation, c'est la remarque déjà faite à propos de l'article 332 C. Com., que l'article 1006 a été rédigé à une époque où la clause compromissoire était d'un usage courant, où elle figurait dans un grand nombre de contrats, à une époque où on n'avait même pas songé qu'elle pût être illicite, puisque des arrêts la validaient sans texte (Cassation Req. 14 *janvier* 1806. *loc. cit.*). Si le législateur avait voulu prohiber une clause aussi usuelle, nul doute qu'il aurait déclaré nettement : « La clause compromissoire est nulle. »

L'article 1006 Procéd. Civ. s'appliquant uniquement à l'acte écrit de compromis, toute l'argumentation des auteurs et de la jurisprudence, contraires à la clause compromissoire, est réduite à néant.

Aussi bien l'avait-on compris dans le camp adverse, et pour donner une apparence de base au raisonnement qu'on échafaudait, on s'est évertué à démontrer que

compromis et clause compromissoire ne sont qu'une seule et même chose. La distinction que l'on fait entre les deux, ont proclamé à l'envi les arrêts, ne repose sur aucun fondement légal.

Il a toujours paru évident qu'il y a une grande différence à établir entre une promesse de contracter, et le contrat qui en fait l'objet. Cette différence, en ce qui concerne le compromis et la promesse de compromettre, est dans la nature des choses, à telle enseigne que chaque contrat porte un nom différent ; c'est donc qu'il y a un sens différent. Et on ne peut le nier. Championnière lui-même reconnaissait que la promesse de compromettre réunissait tous les éléments voulus pour constituer une convention distincte. Aussi Devilleneuve regrette-t-il cette confusion, de la « convention qui n'est qu'une promesse de soumettre à des arbitres des contestations possibles sur un objet déterminé, avec le compromis lui-même... ». Carré et Chauveau pensent que « la promesse de compromettre est licite ».

Cette différence est avouée par ceux mêmes qui la veulent détruire : ils ne peuvent faire autrement que de la reconnaître. Garsonnet distingue le compromis de la clause compromissoire, quoiqu'il la qualifie « promesse sans valeur aux yeux de la loi, parce qu'elle implique un sacrifice dont les parties ignorent l'étendue au moment où elles le font, peut-être à la légère, et que l'article 332 C. Com. n'autorise qu'exceptionnellement... ». La Cour de Limoges (5 janvier 1839, *loc. cit.*), considère qu'une clause compromissoire insérée dans un contrat d'assurances terrestres *n'est pas absolument obligatoire* pour les parties. Le Tribunal

de la Seine dit dans un jugement du 2 avril 1840 (D. P. 1843. 1. 343) : « Attendu que la promesse de compromettre est un engagement de faire qui, aux termes de l'article 1142 C. Civ., se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution, en sorte que cette promesse, en la supposant valable... » Ces citations nous présentent bien comme distincts, le compromis et la promesse de compromettre ; mais la validité de celle-ci n'est pas reconnue par la jurisprudence. Du fait que la jurisprudence annule, c'est qu'il existe quelque chose à annuler : ce quelque chose est la clause compromissoire. Mais cette annulation ne peut effacer une différence qui existe et qui subsistera malgré elle, entre les deux conventions. Par leur définition même, les deux conventions sont dans l'impossibilité d'être confondues. C'est donc commettre un véritable abus de mots, mis au service d'un abus de droit, de provoquer volontairement cette confusion pour les besoins d'une cause, confusion qui n'était pas plus dans l'esprit des juges que dans l'intention des parties. Alors surtout que les textes de lois, différentiant clairement notre clause du compromis lui-même, la mentionnaient ou l'imposaient en certains cas (article 332 C. Com. ; articles 51 et s. C. Com.). Les dispositions de ces articles, quoique les seconds aient été abrogés, nous permettent encore mieux d'affirmer que si, dans certaines situations, les parties pouvaient être soumises par avance à l'arbitrage, malgré elles, à plus forte raison devaient-elles pouvoir s'y soumettre volontairement.

Ajoutons, en terminant, que la clause compromissoire n'a pas le vague et l'indétermination qu'on lui

reproche, elle s'applique à une opération certaine, limitée, et communément aux difficultés qui peuvent naître de l'acte qui la contient. Sous ce rapport, elle n'est donc point aussi éloignée de l'article 1006 Procéd. Civ. qu'on affecte de le prétendre.

L'article 1006 est donc étranger à la promesse de compromettre ; celle-ci n'est prohibée par aucun texte spécial. Que vaut-elle en regard des principes généraux d'ordre public et de liberté des conventions, en regard de l'esprit de la loi ?

§ II

La Clause Compromissoire en présence des Principes Généraux

A. — La Clause Compromissoire et le Droit commun : Liberté des Conventions ; Ordre Public. — Sur le terrain des principes généraux, la théorie de la nullité de la clause compromissoire peut se résumer de cette façon : La compétence des tribunaux est la règle; il n'y a d'exception à ce principe d'ordre public que dans le cas d'arbitrage volontaire, et dans les conditions où il est organisé par le Code de Procédure Civile. Certes, l'article 1003 de ce code autorise bien toutes personnes à compromettre sur les biens dont elles ont la libre disposition, mais ce texte, si large,

ne doit pas être pris isolément, et comme proclamant un principe affranchi de toute restriction. Il faut le combiner avec les textes qui le suivent, et qui établissent les règles spéciales à la matière. On ne compromet pas valablement lorsqu'on ne satisfait pas aux exigences de l'article 1006 Procéd. Civ. Or, la clause compromissoire ne satisfaisant pas à ces exigences, est interdite, ou mieux, annulée par cet article. C'est donc inutilement que, pour la valider, on invoque l'article 1134. C. Civ., établissant la liberté des conventions : en effet, les conventions ne tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites, que lorsqu'elles sont légalement formées ; et une convention n'est pas légale, lorsqu'elle est dépourvue des conditions expressément exigées par le législateur. C'est le cas de la promesse de compromettre. Sans cela, cette clause deviendrait de style ; l'exception haussée à la hauteur de la règle ; il y aurait des désordres dans les compétences ; les tribunaux se verraient dépouillés d'une influence qu'ils doivent maintenir ; et enfin, les particuliers eux-mêmes seraient privés des garanties que présentent la justice publique.

Telle est l'argumentatin fournie par l'arrêt de la Cour de Cassation du 10 juillet 1843 (*loc. cit.*). Les autres décisions judiciaires, qui ont été appelées à envisager la question à ce point de vue, ou qui l'ont fait spontanément, ont redit les mêmes motifs. (V. Douai, 30 août 1843 et Cassation, 21 février 1844. *loc. cit.*).

La Cour de Poitiers (12 juillet 1894, sous Cassation, 27 janvier 1896. S. 1896. 1. 213) déclare : « Est *illégale*, la clause d'une association qui donne pouvoir au

conseil d'administration, d'exclure de la société un membre coupable de fraude, ou de le frapper d'une peine pécuniaire ; une telle clause constitue un compromis qui ne satisfait pas aux conditions de l'article 1006. »

Des décisions de ce caractère sont exactement le contre-pied de celles qui intervinrent auparavant, lorsque la jurisprudence reconnaissait la validité de la clause compromissoire. Elles étaient plus sages, plus clairvoyantes, plus respectueuses de la loi enfin, en déclarant, comme le fit la Cour d'Amiens le 5 août 1823 (*loc. cit.*), dans le premier considérant de son arrêt : « *Attendu que les contrats font la loi des parties ;* que par le bail... elles sont convenues de soumettre à des arbitres... etc. » La Cour de Bourges décida pareillement, le 31 mars 1841 (*loc. cit.*) : « *Considérant que les contrats font la loi des parties, et doivent recevoir leur exécution, à moins qu'ils ne contiennent des conventions contraires aux lois et aux mœurs; qu'il s'agit... d'un engagement de compromettre... ; qu'un pareil acte n'ayant rien de contraire à l'ordre public, ni l'illicite, doit être respecté et tenir son effet...* » Et la Cour de Paris, à son tour, proclama ces mêmes principes le 7 mai 1843 (S. 1843. 2. 141), c'est-à-dire deux mois à peine avant l'arrêt de Cassation qui a fixé la doctrine opposée. Que s'était-il passé dans l'intervalle ? Cet arrêt de la Cour de Paris intervint dans une affaire où se trouvaient comme parties : Mlle Maxime, artiste de la Comédie-Française, d'une part ; l'Administration du Théâtre Français, et Victor

Hugo, d'autre part (1). La Cour confirma un jugement du Tribunal de la Seine du 3 mars précédent, qui avait eu à se prononcer sur la validité de la clause compromissoire insérée dans l'acte d'engagement de Mlle Maxime : « Attendu... *que les conventions doivent être interprêtées de bonne foi, et dans le sens dans lequel les parties ont entendu les contracter...* »

Cette seconde opinion (première en date au surplus),

---

(1) Extrait du *Recueil de Jurisprudence* de Sirey. (1843. 2. 141).

M. Victor Hugo a composé pour la scène du Théâtre Français, un drame intitulé : *Les Burgraves.* Un des personnages de la pièce avait été confié, d'accord entre l'administration du théâtre et l'auteur, à Mlle Maxime, l'une des artistes attachées à ce théâtre. Mais ce rôle lui fut retiré pendant que ce drame était en étude, et après trente répétitions, pour être donné à une autre artiste, Mme Mélingue. Mlle Maxime, voyant dans ce retrait une atteinte à son droit, a assigné l'administration du théâtre et M. Victor Hugo devant le Tribunal Civil de la Seine, concluant à ce que le rôle lui fut rendu. L'administration a décliné la compétence du Tribunal, par le motif que l'acte d'engagement de Mlle Maxime contenait la clause suivante : « Toutes contestations qui pourront survenir entre l'administration et Mlle Maxime, pour quelque cause que ce soit du présent, ou pour toute autre cause, seront jugées, en dernier ressort et sans appel, par le Conseil Judiciaire de la Comédie-Française. » De son côté, M. Victor Hugo s'est borné à conclure qu'il fut sursis au jugement à son égard, jusqu'après la décision sur l'incident.

Le 3 mars 1843, jugement : « Attendu qu'il est constant pour le tribunal... que Victor Hugo n'a été assigné conjointement et par le même exploit avec le conseil dudit Théâtre Français, que dans le but de paralyser... la clau-

nous paraît la plus logique et la mieux appuyée. « En principe, en effet, les citoyens jouissent d'une liberté entière pour toutes les conventions qui se rattachent à leurs intérêts privés. Ils sont, en matière de contrats, souverains appréciateurs de ce qui leur peut être utile : ce qu'ils établissent entre eux à force de loi (C. Civ., art. 1134) ; et c'est en cela justement que consiste la liberté civile si hautement proclamée par notre Code. Et cette liberté n'a d'autres limites que celles que lui

---

se compromissoire insérée dans l'engagement re Mlle Maxime ; attendu que le débat étant borné, et restreint entre la demoiselle Maxime et le Théâtre Français, l'incompétence du Tribunal ne saurait être contestée, puisque, en signant son engagement, la demoiselle Maxime a bien entendu que le litige soumis aujourd'hui au Tribunal appartiendrait exclusivement à la décision du Conseil Judiciaire du Théâtre Français ; attendu que les conventions doivent être interprêtées de bonne foi, et dans le sens dans lequel les parties ont entendu les contracter ; — Disjoint la cause entre la demoiselle Maxime contre Victor Hugo, de celle de la demoiselle Maxime contre le Théâtre Français ; se déclare incompétent sur cette dernière action, et condamne la demoiselle Maxime aux dépens ».

Appel de la part de Mlle Maxime, s'appuyant sur ce que la clause est nulle comme ne remplissant pas les prescriptions de l'article 1006 ; et sur ce qu'on ne saurait assimiler ce compromis à d'autres compromis désignant pour arbitre la Chambre des Notaires, la Chambre des Avoués, etc... celles-ci étant soumises à des conditions légales ; il n'en est pas de même du Conseil Judiciaire de la Comédie-Française, ses membres étant nommés par le comité... etc... — Arrêt du 7 mai 1843, qui, considérant les indications de la clause suffisantes, et adoptant les motifs des premiers juges, confirme purement et simplement.

assignent les intérêts généraux et l'ordre public (C. Civ., art. 6). En envisageant la question qui nous occupe sous ce point de vue, on ne rencontre assurément rien de contraire aux intérêts généraux et à l'ordre public, dans la convention par laquelle les parties, traitant des droits dont elles ont la disposition, s'engagent respectivement à soumettre à des arbitres, les difficultés que pourra soulever entre elles l'exécution d'un traité qu'elles ont fait. » (1).

« Le compromis, dit M. Hello, est un contrat nommé, qui a ses règles particulières ; la promesse d'en passer un est un contrat innommé, sujet aux règles générales des conventions (1107). Ces règles générales défendent-elles de promettre le contrat avant le contrat même ? En d'autres termes, deux parties, arrêtant entre elles une longue succession de rapports d'affaires, et prévoyant des contestations possibles, désirent se soumettre par anticipation à la juridiction arbitrale, sans constituer, *hic et nunc*, le tribunal arbitral, attendant pour cela que le cas se présente : pourquoi ne le pourraient-ellles pas ?N'est-ce pas faire violence à la liberté des conventions, de les empêcher de se préparer d'avance, non pas encore par le choix des juges auquel il n'y a pas lieu, mais par le choix de la juridiction dont l'article 1003 les proclame maîtresses ? » (2).

---

(1) Molinier. *loc. cit.*

(2) « Ainsi la promesse de constituer une société commerciale en nom collectif sera valable dans l'observation des formalités prescrites, sous peine de nullité, par les articles 39, 40, 42, 43 C. Com. ; mais ces formalités de-

En dehors de la prohibition générale de l'article 6, C. Civ., aux termes duquel on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, il n'y a que des prohibitions spéciales et formelles qui puissent limiter la liberté des engagements. Une prohibition de cette sorte existe dans la matière des arbitrages ; mais elle n'est pas portée en l'article 1006, comme on voudrait qu'elle y fût. C'est l'article 1004 qui la contient : « On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments logement et vêtements, sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au Ministère Public. » Sous cette restriction, pourquoi la clause compromissoire ne serait-elle pas valable en thèse générale ? Qui donc l'empêche de prendre naissance et d'exister ? Ne contient-elle pas tous les éléments qui lui sont nécessaires ? Elle n'est pas l'acte prévu par l'article 1006 : nous l'avons démontré. Aucune disposition de loi ne l'interdit. Au contraire, l'article 332 C. Com., la mentionne comme valable, en fait d'assurances maritimes. Dire donc que cette clause, en matière civile est illégale et illicite, c'est mettre la loi en contradiction avec elle-même, puisqu'elle la consi-

---

vront être accomplies aussitôt que la société aura été constituée.

« De même pour l'article 1006 ; lorsque le contrat contenant la clause compromissoire aura donné naisance à une contestation, le compromis qui interviendra en vertu de la promesse devra alors contenir les énonciations prescrites par l'article 1006. » (Molinier. *loc. cit.*).

dère avec le caractère licite et légal, en matière commerciale, sur un point déterminé. La loi ne peut pas, même à titre exceptionnel, admettre comme légal, c'est-à-dire comme conforme à la loi, aux lois, ce que partout ailleurs elle considère comme illégal, c'est-à-dire comme contraire à la loi, aux lois en général. La thèse qui aboutit à ce résultat est parfaitement absurde et par là même elle est jugée.

Aucun obstacle ne s'oppose à ce que la clause compromissoire puisse créer une obligation valable, un lien de droit, et forme la loi des parties.

La jurisprudence hostile elle-même a été obligée de se rendre à cette évidence. Elle était allée jusqu'à dire que la nullité de la clause était d'ordre public (Cassation, 31 juillet 1850. D. P. 1850. 1. 216) (1). Elle a reconnu depuis que la nullité qu'elle prononçait ainsi, soit celle de la clause compromissoire, soit celle du compromis, pour défaut d'une des désignations exigées par l'article 1006, n'avait pas le caractère

(1) Cet arrêt décide que le refus, par un officier ministériel, de soumettre à l'arbitrage de la Chambre des avoués les difficultés survenues entre lui et son prédécesseur, sur la fixation du prix de l'office, et notamment l'action en réduction de ce prix, bien qu'il ait consenti à cet arbitrage par clause compromissoire insérée dans le traité, n'est susceptible d'aucun blâme, et ne peut dès lors, être frappé d'une peine disciplinaire, une telle clause ne créant pas plus de lien moral que d'obligation légale... Cette clause compromissoire est nulle et la nullité est d'ordre public ; (sur les conclusions de l'avocat général Dupin).

Jusqu'en 1843 environ, la clause compromissoire avait toutefois été admise, même dans les traités de transmission d'offices ministériels. Et la Cour de Cassation, le

d'une nullité d'ordre public, et pouvait être couverte, à la condition d'une désignation ultérieure faite d'accord entre les parties. (Cassation, 26 juillet 1893. *loc. cit.*). De là, à admettre la validité d'une clause compromissoire, il n'y a qu'un pas.

*
* *

A côté de ces reproches « de droit », pour ainsi dire, on a fait valoir contre la clause compromissoire des reproches « de fait ». Ils sont plus nombreux, mais ne sont pas mieux fondés.

On voit des inconvénients à soumettre longtemps à l'avnce, des difficultés éventuelles, à des juges inconnus ; à abdiquer sa volonté. Le législateur les aurait prévus ; « il n'a pas voulu, dit Championnière, qu'un citoyen, à la personne duquel sont attachées toutes les garanties créées par les institutions so-

---

17 mai 1836 (D. P. 1836. 1. 359) avait jugé qu'il suffirait de la convention d'arbitrage insérée au traité, pour que la Chambre des avoués, constituée en tribunal arbitral, soit régulièrement saisie par la comparution des parties et leurs conclusions, et rende une sentence valable.

Et cette reconnaissance de légitimité permettait la note suivante (au Dalloz J. G. V° *Arbitrage;* n° 454) : « Remarquons... que la clause se trouve dans les traités pour transmissions d'offices, qui sont soumis à la chancellerie, et que l'autorité n'en a jamais demandé la suppression. Comment admettre qu'une pareille stipulation aurait été tolérée dans des actes d'une si grande importance, pour la fortune publique et la fortune privée, si elle était contraire aux lois ? »

ciales, institutions dont l'unique but est de le défendre et de le protéger, pût, imprudemment, et sans une complète connaissance de cause, répudier cette protection naturelle, sous laquelle il doit vivre tant qu'il sera membre de la société ! Ce qu'il n'a pas voulu, c'est que le faible, l'imprévoyant, l'homme sans expérience, pût aliéner sa liberté, en soumettant à des juges inconnus, un procès indéterminé, sans savoir précisément à quelle compétence, à quelles exceptions, à quels droits de défense ou de procédure il renonçait... peut-être vingt ans à l'avance ! »

Quelle sollicitude chez ce législateur, pour l'homme aux prises avec la clause compromissoire, danger social ! Quelles perspectives effarantes ouvertes à ses méditations, par ce commentateur ! Quels mots ! Quel style, pour grossir et enfler des craintes chimériques ; en tous cas, déraisonnablement exagérées !

Nous sommes les premiers à reconnaître que la faculté de souscrire la clause compromissoire ne peut aller jusqu'à se soustraire absolument à la juridiction des tribunaux, en stipulant, par exemple, d'une manière générale, que toutes les contestations qu'on pourra avoir avec une personne, seront soumises à des arbitres. Non ; l'arbitrage demande plus de précision ; l'objet de la clause doit être limité. C'est ce qui a lieu, chaque fois que les parties, en passant un contrat, conviennent que toutes les difficultés qui pourront survenir sur son exécution, seront jugées par des arbitres. Soumission à l'arbitrage de *contestations possibles sur un objet déterminé*, telle est la portée, le but, la limite de la clause compromissoire.

Dans cette sage mesure, elle ne mérite pas tous les griefs qu'on lui impute ; elle n'embrasse pas « des contestations sans nombre et de toutes espèces » ; les difficultés qu'elle vise peuvent être embrassées d'un seul coup, dès le moment du contrat ; on connaît leur importance ; elles ne sortiront pas de l'objet du contrat lui-même. Quant aux arbitres « prévenus, incapables » que « l'adversaire ou un tiers étranger au contrat imposera comme juge souverain », vraiment, il n'y a qu'un écrivain lui-même « prévenu », qui puisse, *in abstracto*, les juger de cette façon. L'inconvénient véritable existerait par un choix anticipé des arbitres ; il peut se révéler dans l'accomplissement d'un compromis à long délai. On ne le voit pas dans la clause compromissoire. On ne voit pas très bien comment, convenir d'un arbitrage *in futurum*, en ne désignant pas encore les arbitres, serait se livrer corps et biens à des hommes « prévenus, incapables », puisqu'on ne les connaît pas encore ! L'arbitre sera choisi, en vertu de la clause, au moment où naîtra la difficulté. Le juge sera connu, au moment où il sera opportun de le connaître ; chaque partie le choisira avec toute la compétence voulue ; et le tribunal arbitral se constituera ainsi, sur le compromis qui sera passé en exécution de la clause.

Les arbitres seront donc choisis librement, « en toute connaissance de cause », comme il convient. Ils ne seront point imposés, d'une façon générale, sauf au cas où, l'une des parties réclamant l'exécution de la clause, l'autre s'y refuse. Alors, oui, « un tiers étran-

ger au contrat » participera à cette exécution ; et ce tiers, qui « imposera » l'arbitre, qui sera-t-il ? sinon le Président du Tribunal Civil lui-même, celui qui doit revêtir la sentence arbitrale de *l'exœquatur* qui lui imprimera la force obligatoire ? Et ne le fait-il pas déjà ? Au cas de partage entre les arbitres, qui ont reçu pouvoir de nommer un tiers-arbitre, dont l'intervention emportera la solution ; quand ceux-ci ne s'entendent pas sur le choix qu'ils ont à faire ; ils s'adressent au Président du Tribunal Civil, et celui-ci nomme l'arbitre supplémentaire. Quelle différence y aura-t-il entre les deux situations ? Elles sont les mêmes, semble-t-il. Ainsi, dans leur zèle immodéré, les adversaires de la clause compromissoire aboutissent à de regrettables confusions, puisque pour défendre la cause de justice publique, soi-disant diminuée, ils en arrivent à accuser cette même justice de la nomination, de l'imposition de l'homme « incapable et prévenu ». Le rôle qu'on lui a fait tenir n'est certes pas très flatteur.

Arrivons enfin aux « chances d'une décision à rendre par des individus qu'on ne connaît pas encore... » ! Il n'y a aucune nécessité, aucune utilité, à connaître ses juges longtemps à l'avance. Les plaideurs, qui portent leurs procès devant les tribunaux, peuvent-ils escompter d'être jugés par tel ou tel magistrat ? Quand des parties concluent un contrat, savent-elles quels juges seront appelés à trancher les différends qui en sortiront ? Tant de causes peuvent donner naissance à un changement de compétence ! La possibilité que l'on aura, au contraire, de choisir des « individus » parti-

culièrement compétents, des spécialistes en quelque sorte, en exécution de la clause compromissoire, cette possibilité donne à ce mode de trancher les litiges une supériorité certaine, qui explique la faveur dont elle jouit. Quant à la décision elle-même, elle n'aura pas de plus mauvaises chances en se trouvant confiée aux mains des arbitres, qu'aux mains des magistrats publics. *Habent sua fata lites.* Qui peut se flatter à l'avance de gagner un procès imperdable ? et ce, quel que soit le juge, quel que soit l'avocat ? Les contradictions jurisprudentielles sont de tous les moments ; les revirements d'opinion, dans les décisions de justice, anéantissent ce calcul des probabilités, sur lequel le plaideur, nous l'avons vu, est en droit de compter. Est-il un sol plus mouvant que l'interprétation de la loi ? Nous n'en voulons pour preuve que le changement brusque, radical et inexpliqué, et inexplicable au point de vue du droit, qui intervint un peu avant le milieu du siècle dernier, sur l'appréciation de la valeur de la clause qui fait l'objet de cette étude.

Faisant reste de raison, admettons que la clause compromissoire présente quelque inconvénient. Quel sera-t-il, quel pourra-t-il être, sinon celui qui est inhérent à toutes les stipulations aléatoires ? à toutes les conventions relatives à des choses futures ? Les obligations à terme, ou sous condition, offrent bien souvent de plus grands désavantages : la loi les interdit-elles ? La loi protège-t-elle contre leur propre entraînement ou contre leurs erreurs dans les prévisions qu'ils font, ou seulement contre la mauvaise fortune, ceux qui les souscrivent ? Non. La loi ne calcule pas,

en général, pour les parties, les gains ou pertes des conventions qu'elles sont libres de former, et la jurisprudence prend un soin arbitraire et superflu, en les calculant pour elles, en dehors des cas de protection que cette loi a nettement déterminés, et soumis, la plupart du temps, à des conditions multiples et rigoureuses.

Dans la clause compromissoire, dit-on, on aliène sa liberté. Pas plus que dans tout autre contrat. La promesse de compromettre n'a rien de plus dangereux à ce point de vue. Ses effets sont moins à craindre que ceux de la vente, de la donation, de la reconnaissance de dette, qui dépouillent, irrévocablement, actuellement, sans discussion possible — sauf le dol et la fraude — celui qui les a consenties, même s'il a agi avec irréflexion, avec légèreté, avec imprudence. Qu'un plaideur se hasarde à soutenir ce motif à l'appui de son acte, pour en obtenir l'annulation ; et on devine aisément l'accueil qui sera fait à ce moyen, et la réponse dont on le gratifiera.

Au surplus, ces inconvénients — communs à tant de faits juridiques — ne sont pas si grands aux yeux du législateur ! Les a-t-il redoutés dans les contrats d'assurances maritimes ? Ne les connaissait-il pas au moment où il écrivait l'article 332 C. Com. ? Si leurs conséquences ne sont pas à craindre dans de tels contrats, si nombreux, si importants, il n'y a aucune raison pour qu'elles le soient davantage dans d'autres hypothèses.

L'article 1013 Procéd. Civ., à son tour, ne reflète pas cette crainte. En disposant qu'en cas de décès de

l'une des parties, le compromis subsistera à l'égard de ses héritiers majeurs, cet article indique un cas où l'arbitrage volontaire peut devenir forcé, mieux : obligatoire, comme s'il découlait d'une clause compromissoire. Il est imposé à ceux qui ne l'ont pas souscrit, à ceux qui peut-être le repousseraient, s'il n'avait été stipulé dans un contrat librement formé, que la loyauté du législateur a cru devoir maintenir (1).

*
* *

On a vu encore dans la clause compromissoire, un moyen de troubler l'ordre des compétences ; et d'appeler, comme l'avaient fait des compagnies d'assurances, des contractants peu éclairés, devant des arbitres dont le moindre défaut était d'être éloigné du domicile des assurés.

On peut répondre sur ce point que le danger d'une perturbation dans la compétence des domiciles n'est pas sérieusement fondé : « les sociétés, les inscriptions hypothécaires, les faillites, les successions, tou-

(1) Dalloz. J. G. V° *arbitrage*. n. 454.

tes les élections de domicile en un mot, n'y portent-elles pas des modifications fréquentes ? »

C'était surtout, dit-on, dans les polices d'assurances que la clause trahissait des inconvénients : mais le Conseil d'Etat avait tout pouvoir pour modifier cet état de choses puisqu'il était appelé à examiner les statuts de ces compagnies. Et si la validité générale de la clause compromissoire avait continué d'être reconnue par la jurisprudence, si les compagnies d'assurances n'avaient été amenées, d'elles-mêmes, par suite du changement d'opinion intervenu, à ne plus insérer cette stipulation dans leurs polices, nul doute qu'une réglementation eût été établie ; comme elle l'a été, relativement aux simples clauses attributives de juridiction, que les Compagnies inséraient au contrat d'assurance, par la loi du 2 janvier 1902, relative à la compétence.

Cette objection serait donc sans portée, à l'heure actuelle, en raison des dispositions de cette loi. De même que le défendeur, en matière d'assurances, ne peut être assigné que devant la juridiction compétente dans le ressort de laquelle se trouvent : 1) le domicile de l'assuré ; 2) les immeubles, ou les meubles par nature, assurés, s'il s'agit d'assurances contre les risques les concernant ; et le lieu où s'est produit l'accident, s'il s'agit d'assurances contre les accidents ; de même le tribunal arbitral ne serait constitué que dans le canton ou l'arrondissement du domicile de l'assuré, de la situation des immeubles ou meubles, du lieu de l'accident, suivant les cas et l'importance du litige.

D'une façon générale, d'ailleurs, il paraîtrait équi-

table de s'inspirer et de tenir compte des dispositions de l'article 59 du Code de Procédure Civile.

*
* *

Enfin, on a dit, — parole définitive qui devait terminer toute discussion, dissiper tout scrupule, frapper à mort l'opinion de la validité, — on a dit : la clause compromissoire devenant de style, il y a dans cette pratique constante une insulte à la magistrature, une diminution de ses prérogatives. « La loi a toléré le compromis... mais que, d'avance, des particuliers se promettent de ne pas recourir aux tribunaux, d'écarter leur justice, de leur substituer d'autres juges, quels qu'ils soient, et quel que soit le différend qui s'élève, là se manifeste un éloignement vrai ou apparent pour l'administration judiciaire. Cet éloignement est la cause patente du contrat ; ce n'est plus une difficulté particulière, exigeant des connaissances spéciales, que l'on confie à des hommes versés dans ces connaissances auxquelles on peut supposer les magistrats étrangers ; ce n'est plus un intérêt de famille, pour lequel on s'en raporte à la décision d'amis communs ; c'est un procès quelconque qu'on soustrait aux tribunaux ordinaires ; ce n'est pas un tribunal arbitral qu'on désigne et qu'on choisit, c'est seulement la justice publique qu'on se promet d'écarter parce qu'on n'en veut pas. *Une pareille stipulation contient une offense indi-*

recte ; si elle est valable, si elle devient fréquente, *la magistrature perd évidemment de son influence,* en cessant d'être l'unique source de la justice, le seul pouvoir auquel il soit donné d'interprêter les conventions. »

Il n'y a rien d'offensant pour la magistrature dans cette pratique, même renouvelée ; l'emploi fréquent de l'arbitrage la soulage dans sa mission, facilite sa tâche. Elle est d'autant moins diminuée dans son prestige, que sa surveillance, son contrôle planent au-dessus de la juridiction arbitrale, et rehaussent sa supériorité.

Avec l'article 332 C. Com., la clause est devenue de style dans les contrats d'assurances maritimes ; aucun inconvénient n'en a surgi. Et si, en toute autre matière, la promesse de compromettre devenait de style, « on devrait y voir l'indice certain que l'administration de la justice présente quelque vice profond et inquiétant, auquel il importerait de porter remède. »

Ce n'est par cabale ni par mode qu'on déserte la justice publique ; on ne le fait que lorsqu'il y a quelque grave raison pour cela, « quand les nécessités économiques l'exigent, ou quand la confiance en ses jugements a disparu. Dans un cas, comme dans l'autre, la clause compromissoire est un refuge auquel peuvent recourir les parties. Les institutions publiques ne sont utiles et ne méritent d'être protégées, que lorsque les individus ne peuvent s'en passer. Leur pouvoirs ne se légitiment que par les services qu'elles rendent. C'est ce qu'ont compris les auteurs et les ar-

rêts, prononçant en faveur de la clause compromissoire. » (1).

M. Championnière lui-même, qui avait si savamment condensé toutes les objections que l'on élevait couramment contre la clause compromissoire ; qui avait si énergiquement combattu, avec les arguments les plus divers, la validité de la clause ; M. Championnière avait eu la vision claire des causes possibles de son emploi général. Nous ne pouvons mieux faire que de le citer, nous excusant d'une répétition partielle : certaines de ses paroles valent bien, pour nous, la peine d'une seconde transcription. A quoi tient cet éloignement de la justice publique, se demande-t-il, si toutefois il est réel ? Ah ! « c'est une vérité fâcheuse à reconnaître que la défaveur dont l'opinion frappe aujourd'hui la justice régulière ;... on n'a pas pour la jurisprudence le même respect et la même estime ; aux yeux de bien des gens, et le nombre en augmente tous les jours, la justice est un coup de hasard, et l'issue du meilleur procès est incertaine... Un jour viendra, et peut-être il est arrivé, où les tribunaux reconnaîtront la résistance qu'ils ont à vaincre, et n'oseront pas tenir pour non avenue une condition écrite dans un nombre immense de contrats... N'est-ce pas une surprise, une violence, en définitive, que d'obliger à subir la tourmente judiciaire... celui... dont toute la faute est d'avoir cru sanctionnée par la loi, une stipulation qu'il a vue partout et toujours exécutée ! »

---

(1) Declarenil. Thèse. *loc cit.*

Ces lignes, vraiment, ne sont-elles pas antidatées ? (1)

B. — La Clause Compromissoire et l'Esprit de la loi. — Une objection d'ordre plus général avait été formulée, au cours de toutes ces polémiques, contre la clause compromissoire. Nous avons cru bon de l'envisager en dernier lieu, car elle n'atteint pas exclusivement la promesse de passer un compromis, mais bien l'institution elle-même de l'arbitrage.

L'arrêt, déjà cité, de la Cour de Cassation, du 10 juillet 1843, qui combat si longuement la légitimité et l'existence de la clause, contient ce considérant : « que la distinction entre une convention compromissoire, et un compromis, n'est établie par aucune disposition de loi, et qu'on ne pourrait l'admettre, *sans méconnaître le véritable esprit du Code de Procédure, au titre des arbitrages* ». Et l'arrêt de la Cour de Douai, du 30 août de la même année (*loc. cit.*), ne voulant pas être en reste avec la Cour Suprême, s'em-

---

(1) On avait été jusqu'à voir dans la clause compromissoire, devenant générale, un instrument au service des passions politiques : M. Chassan, avocat général, affaire Decoster contre Chesnier (Rouen, 4 décembre 1843. D. P. 1844. 1. 100).

Comme le dit sagement M. Dalloz, à ce moment, écartons la politique du débat, car elle n'est nullement intéressée dans la question de la clause compromissoire.

pressa de déclarer à son tour : « qu'obliger en vertu de cette clause la partie qui se refuse à constituer le tribunal arbitral, à accepter pour juges l'arbitre nommé pour son adversaire, et celui qui serait nommé par la justice, serait *méconnaître le texte comme l'esprit de la loi.* »

C'étaient les mêmes affirmations que l'on retrouvait à ce moment dans la doctrine, qui essayait d'en dégager le pourquoi, les raisons juridiques, et qui ne put y arriver qu'en attaquant toute la matière de l'arbitrage, laissant ainsi éclater, que vraiment, la clause compromissoire n'était pas attaquée pour sa nature défectueuse, pour ses inconvénients intrinsèques, mais bien pour ses conséquences pratiques, en ce qu'elles aboutissaient à l'abstention du concours des hommes de lois dans cette juridiction privée.

On présenta l'arbitrage comme une tolérance de la loi ; on rappela que lors de la rédaction du Code de Procédure, on en avait même réclamé la suppression : « l'usage des compromis, avait dit M. Mounier, n'est que la satire de l'administration judiciaire ; il convient d'obliger les citoyens à ne reconnaître pour juges que les ministres de la loi. »

Malgré cette opposition, le titre des arbitrages fut voté et promulgué. Mais « il est manifeste, dit à son tour M. Championnière, que cette institution ne doit son maintien dans la loi actuelle qu'à des considérations étrangères à sa valeur, et que le législateur ne l'a conservée qu'avec une sorte de répugnance et non sans débat. On doit même remarquer comme circonstance grave et caractéristique de l'opinion dominante au Conseil d'Etat,

que, ni dans la discussion élevée sur le projet, ni dans l'exposé des motifs, l'arbitrage ne fut proposé comme une mesure bonne en elle-même... ; on considère le compromis comme une convention contre laquelle il n'existait pas de causes suffisantes d'interdiction... C'est avec ces souvenirs qu'il faut chercher l'intelligence du titre des Arbitrages au Code de Procédure, *et particulièrement de l'article 1006.* Le compromis n'est plus dans la loi le retour des parties à la voie de justice, la plus raisonnable et la plus naturelle... ; ce n'est plus l'exercice d'une faculté précieuse placée sous la sauvegarde des constitutions : *c'est un droit haineux...* » (1).

La réponse sur ce point n'est pas pour nous embarrasser. Il est regrettable que les souvenirs de M. Championnière, qui, en 1843, était cependant aussi bien, sinon mieux placé que quiconque pour se les remémorer exactement, il est regrettable que ces souvenirs soient si imprécis, et nous irons jusqu'à dire, si fantaisistes ! Mais toute la science de cet homme éminent dans le domaine du droit n'est pas pour nous arrêter dans une mise au point facile. Nous y sommes d'autant plus à l'aise que la réfutation de cet argument

---

(1) « Le droit haineux, dit Bouteiller, (*Somme Rurale*, titre I) est le droit qui, par le moyen de la coutume du pays est contraire au droit écrit. » Quoique rendu en latin par *odiosum*, ce mot n'était pas synonyme d'odieux ; il signifiait le droit ou la mesure auxquels on n'avait recours qu'exceptionnellement au droit et à la procédure ordinaires. C'est en ce sens que la licitation est haineuse, le partage en nature était la voie régulière.

spécieux se déduira toute seule des citations, que nous ne ferons qu'extraire des discours des législateurs eux-mêmes.

M. Galli, conseiller d'Etat, orateur du gouvernement, chargé de présenter au Corps Législatif l'exposé des motifs de la loi relative aux arbitres, (séance du 19 avril 1806), s'exprimait en ces termes : « Le compromis est un moyen accéléré, tranquille et honorable de finir beaucoup de procès où des circonstances, même fâcheuses, pourraient nous avoir amenés ; il est aussi moins dispendieux. L'usage des compromis et des arbitres remonte à des siècles bien reculés... Le compromis est un contrat comme tout autre quelconque... Ces principes, disais-je, sont incontestables ; néanmoins, il fut quelqu'un, d'ailleurs très éclairé et très bon philosophe (M. Mounier, conseiller d'Etat), qui n'a pas hésité à les combattre. La loi, disait-il, ne devrait pas s'occuper des compromis ; leur usage n'est que la satire de l'administration judiciaire ; il convient d'obliger les citoyens à ne reconnaître pour juges que les ministres de la loi ; les citoyens ne sont obligés de se soumettre qu'aux juges qu'elle leur donne; pourquoi les forcerait-on à déférer à ceux qu'ils se choisissent eux-mêmes, et ne laisserait-on pas à chacun le droit de leur retirer sa confiance ? Faute de cela, on ne pourrait compromettre sans aliéner sa liberté. Mais on lui observait (M. Treilhard, conseiller d'Etat), que le compromis étant une convention, elle doit, comme les autres, recevoir les règles de la loi, et lier les parties. La liberté n'est pas plus aliénée dans un compromis que dans tout autre contrat. Tout

homme use de sa liberté, ensuite, il se trouve engagé, mais parce qu'il l'a voulu. *La réponse ne pouvait être ni plus satisfaïsante, ni plus juste... L'article 1003 est une suite de la règle du droit commun.* »

Et le tribun Mallarmé, dans son rapport fait au Corps Législatif sur le même projet (séance du 29 avril 1806), ne disait-il pas : « ... Les idées libérales qui ont présidé à la rédaction de ces lois, ont dû inspirer une grande confiance dans cette espèce *d'institution respectable en elle-même...* Toutes ces dispositions nous ont paru conformes aux principes et propres à concilier le respect et l'influence qu'il importe tant de conserver aux tribunaux, *avec la liberté dont il n'importe pas moins de laisser jouir les citoyens dans l'administration de leurs affaires personnelles...* Nous voyons, Messieurs, une application exacte de ces règles dans la permission que le projet accorde à toutes personnes de compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. On ne pourrait *sans injustice* refuser, à celui que la loi autorise à disposer librement d'un droit quelconque, la faculté de soumettre à des arbitres la question de savoir s'il doit perdre ou conserver ce droit, ou de quelle manière il peut en jouir ».

Nous ne pouvons enfin omettre de signaler qu'entre l'apparition du Code de Procédure et celle du Code de Commerce, il ne s'est guère écoulé qu'une année, et que la discussion de celui-ci se préparait au moment où on promulguait celui-là. Or, dans le Code de Commerce, on allait établir, consacrer le principe de l'arbitrage forcé pour les contestations entre associés commerciaux ; on allait mentionner la clause compro-

missoire génératrice de l'arbitrage, parmi les énonciations qui peuvent valablement figurer dans un contrat de grosse importance : l'assurance maritime.

En présence de ces documents qui mettent en pleine lumière le véritable esprit de la loi ; en présence de la faveur générale dont l'arbitrage était l'objet à ce moment, comment soutenir ensuite, que le droit de choisir cette juridiction, « droit dont on ne pouvait être privé sans injustice », n'était qu'une concession aux limites très restreintes ? Nous cherchons en vain dans les travaux préparatoires ces « considérations étrangères à la valeur de l'arbitrage » qui ont poussé, seules, le législateur à le maintenir, mais « avec une sorte de répugnance et non sans débat. » Où est l'expression de « l'opinion dominante » du Conseil d'Etat, défavorable à l'arbitrage ? Comment prétendre qu'une voie « *accélérée*, *tranquille*, *honorable* », ne saurait devenir l'objet d'une convention par laquelle on s'engagerait à l'employer, au cas de procès futur ? Comment soutenir qu'elle est illégale, la stipulation par laquelle on fait choix de « cette institution respectable en elle-même », à laquelle la loi, tout en se défendant d'éviter les abus du droit révolutionnaire, se propose de donner une faveur plus grande que par le passé ?

Le Code de Procédure, loin d'envisager l'arbitrage comme une exception à la loi, n'en fait qu'une « suite du droit commun », et le rattache à une faculté naturelle, dont il doit assurer et patronner le libre exercice.

On ne contrevient donc pas à la loi, on demeure au contraire, parfaitement dans son esprit, en promettant

l'accomplissement d'un fait qu'elle reconnaît licite et qu'elle recommande.

*
* *

Que conclure, sinon que la doctrine et la jurisprudence, qui frappent de réprobation la clause compromissoire, donnent une fausse interprétation de l'article 1006 Procéd. Civ. ; font une mauvaise application de l'article 332 C. Com., en induisant de leurs dispositions des conséquences qui manquent de vérité et de justesse. Cette opinion porte aussi une grave atteinte à la liberté dont les particuliers ont la faculté de jouir, par rapport aux droits dont ils sont les maîtres, liberté que les auteurs de nos codes ont eu souci de leur garantir scrupuleusement. Les arguments qu'elle invoque à son appui, ou sont chimériques, ou se retournent contre elle. Elle ignore, elle méconnaît, ou mieux elle travestit l'esprit de nos lois. On ne peut donc que la repousser, et dire que rien, dans notre législation, n'apparaît comme contraire à la clause compromissoire : elle est légitime, valable, légale. Elle est soumise au droit commun et aux conditions usuelles prescrites pour les conventions en général. Ceci établi, il va être facile d'en dégager une théorie d'ensemble.

CHAPITRE V

I

ESSAI D'UNE THEORIE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

I

Capacité nécessaire pour souscrire une Clause Compromissoire

Le compromis est un contrat ; soit, mais un contrat plus important que tout autre : « La faculté de compromettre, dit Dalloz, est une des plus considérables dans l'ordre civil ». Il constitue le premier acte d'une procédure spéciale, devant une juridiction à laquelle les parties elles-mêmes ont donné naissance. Ce contrat judiciaire exige une capacité particulière chez ceux qui le concluent. Aussi, l'article 1003 Procéd. Civ., s'il exprime très largement le principe du libre recours à l'arbitrage, ne laisse pas de mentionner clairement la condition nécessaire à cette aptitude : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits *dont elles ont la libre disposition.* » Ce n'est donc pas seulement la capacité de s'obliger en général, qui est requise chez les compromettants ; c'est encore celle de dispo-

ser librement des droits sur lesquels on va passer compromis.

De cette règle, on peut tirer diverses conséquences. La capacité de plaider est obligatoire, puisque la constitution d'un arbitrage tend à une sentence qui produira, avec certaines formalités et sous certaines conditions, les effets d'un jugement ; puisque les arbitres vont former un tribunal, devant lequel les parties, tour à tour, feront valoir leurs droits, développeront leurs griefs, présenteront leurs défenses.

Les personnes frappées d'une incapacité générale et absolue de contracter, ne pourront jamais faire un compromis ; celles qui ne sont atteintes que par une incapacité relative et spéciale ne pourront compromettre que sur les droits qui sont en dehors de cette incapacité ; celles enfin, dont la capacité nécessite, pour se manifester valablement, soit l'assistance ou le concours d'une tierce personne, soit l'accomplissement de certaines formes, ne pourront passer compromis qu'en observant les conditions sans lesquelles leur acte serait annulable ou inexistant.

Ces principes admis pour le compromis, que faut-il décider en ce qui concerne la clause compromissoire ? Celle-ci a pour but la réalisation du compromis ; elle peut être appelée, dans un avenir plus ou moins lointain, à lui donner naissance ; elle a donc une importance presqu'aussi considérable, et grosse de conséquences. Faudra-t-il exiger chez ceux qui la souscriront une capacité égale à celle que doivent posséder des compromettants actuels ?

Aucune règle spéciale n'a été indiquée par la loi ;

ce silence renvoie aux principes généraux qui régissent les conventions, et aux textes particuliers à la matière de l'arbitrage. On peut facilement, en combinant les uns avec les autres, arriver à une solution exacte. Examinons la question sous les différents aspects qu'elle peut revêtir, selon la situation et l'état des parties.

En premier lieu, les universalités, telles que Communes, Etablissements Publics, Administrations de l'Etat, etc..., qui ne peuvent agir que par l'entremise de leurs représentants, et dont les intérêts appellent la surveillance du ministère public, et, par suite, la communication, ces universalités se voient privées d'une façon absolue de la faculté de compromettre. Il va donc, comme conséquence de cette interdiction, qu'elles ne peuvent souscrire aucune clause compromissoire. Elle serait nulle, comme serait nul un compromis quelconque qu'elles passeraient, soit en vertu de cette clause, soit séparément.

En second lieu, les représentants d'autrui sont, en principe, incapables de compromettre. Le compromis demande, en effet, le droit de disposer : or, ceux qui agissent pour autrui, ne possèdent pas ce droit ; sauf, dans certains cas, par mandat spécial.

Le tuteur ne peut constituer arbitrage, même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ; car ces formalités accomplies ne lui enleveraient pas sa qualité principale : celle de représentant. Cette solution a toujours été certaine en ce qui concerne les immeubles du mineur ; elle a été discutée en ce qui concerne ses droits mobiliers. Cette di-

vergence tend à disparaître, et le tuteur est considéré comme absolument incapable de passer un compromis relativement aux droits quelconques — immobiliers ou mobiliers — de son pupille. Cette solution s'applique également au subrogé-tuteur. De même encore, le tuteur ne peut compromettre avec le mineur devenu majeur, avant la reddition du compte de tutelle, même sur un objet étranger à ce compte.

La clause compromissoire suivra le sort du compromis : le tuteur, ni le subrogé-tuteur ne la pourront souscrire en un contrat intéressant les biens du mineur dont ils ont charge d'administration ; elle ne pourrait non plus être insérée dans une convention intervenant entre le tuteur et son ex-pupille, tant que les comptes n'auraient pas été, entre eux, rendus et apurés.

Le curateur aux biens d'un absent ne pourrait compromettre sur les droits de cet absent, toujours sauf autorisation spéciale ; s'il le fait, la convention est nulle, même à l'égard de l'autre partie, si celle-ci est capable. Les envoyés en possession sont dans la même situation ; ils ne peuvent recourir à l'arbitrage, même en ce qui touche les droits mobiliers. Le mandataire ne peut en principe signer un compromis, même s'il a un mandat général à l'effet d'administrer et d'aliéner (Riom, 16 janvier 1815. D. J. G. V° *Arbitrage*, n° 266). Ce principe est constant. Mais il recevra exception, si le mandataire est muni d'un pouvoir spécial de son mandant. Il en sera de même d'un associé, qui ne peut compromettre, sauf autorisation, sur les intérêts de la société dont il fait partie. Le créancier, soit dans le

cas de l'article 1166 C. Civ., quand il exerce les droits et actions de son débiteur, soit dans le cas où il aurait reçu de ses co-créanciers la mission de surveiller et d'administrer les intérêts collectifs, est sans qualité pour compromettre au nom de son débiteur. Le failli ne peut avoir recours à l'arbitrage en ce qui touche ses biens, puisqu'il en est dessaisi. Les syndics de faillite ne le peuvent non plus sur les intérêts de leur failli. Mais si celui-ci avait, avant sa nouvelle situation, passé un compromis, l'arbitrage devrait recevoir son application, à la demande des tiers, et les syndics opposeraient en vain leur défaut de qualité pour compromettre ou nommer des arbitres. Le liquidateur est assimilé au syndic.

Toutes ces personnes seront, dans la même qualité, incapables de stipuler une clause compromissoire, si ce n'est avec les autorisations spéciales qui peuvent remédier à leur incapacité.

Certaines autres personnes se trouvent dans une situation spéciale. Le mari peut compromettre sur les fruits et revenus des biens dont il a la jouissance eu l'administration, soit comme chef de la communauté, soit comme administrateur des biens dotaux ; il sera sans pouvoirs à l'égard de la propriété des biens qui sont dans le patrimoine de sa femme. Le père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs jouit aussi de cette demi-capacité ; le compromis lui est permis sur les revenus ; en dehors, il lui est interdit. Le mari, le père administrateur, peuvent promettre l'arbitrage, dans les mêmes limites où ils peuvent passer un compromis.

Pour toutes les catégories de personnes qui précèdent, incapables totalement ou partiellement, lorsqu'elles auront souscrit un compromis, ou une clause compromissoire, pour les unes d'une façon générale, pour les autres hors le cercle de leurs pouvoirs, la nullité de leur engagement sera absolue. Aucun lien n'existera entre le représenté et l'autre partie. Chacun n'a que la gestion des biens ; aucun n'en peut disposer librement, comme le veut la loi. Mais on admet que le compromis ou sa promesse peuvent sortir à effet sur ratification par le représenté.

L'héritier bénéficiaire est dans une position à lui seul particulière. Il a, en effet, deux qualités : celle de propriétaire des biens de la succession, celle d'administrateur. On sait qu'il peut toujours abdiquer la seconde pour ne se prévaloir que de la première, si tel est son bon plaisir. Pourra-t-il compromettre, même comme administrateur ? Pourra-t-il convenir d'arbitrage par clause compromissoire ? Il le pourra, mais comme il se livre alors à l'un des actes les plus caractéristiques de la qualité de propriétaire, il perdra sa qualité d'administrateur, c'est-à-dire de bénéficiaire, et deviendra héritier pur et simple. Ainsi compromis et clause compromissoire passés par un héritier bénéficiaire seront toujours valables.

Il nous reste à rechercher en troisième lieu, si les personnes incapables d'administrer leurs biens, c'est-à-dire les mineurs, les femmes mariées, les interdits légaux ou judiciaires, les prodigues, peuvent compromettre ou s'y obliger par convention. En principe, ils ne le pourront pas, en vertu du même criterium : ils

n'ont pas la libre disposition de leurs biens, de leurs droits surtout.

Le mineur en tutelle ne le pourra jamais ; son tuteur même ne le peut pas pour lui. Le mineur émancipé, le pourra, seul, en ce qui concerne ses revenus ; pour les autres biens, l'assistance de son curateur ne suffirait pas à lui donner pleine et entière capacité : il ne le pourra donc pas. Par contre, le mineur émancipé commerçant sera capable de telles stipulations, eu égard à ses affaires commerciales.

Le faible d'esprit, le prodigue, ne pouvant aliéner ni plaider sans leur conseil, sont dans l'impossibilité, sans l'assistance de celui-ci, de s'engager par clause compromissoire.

La femme mariée, aura besoin, pour valider un compromis, ou une clause compromissoire, de l'autorisation de son mari. Bien entendu, ils ne pourront porter que sur les biens qui lui sont propres, sur les droits dont l'exercice lui est réservé.

Si un de ces incapables a consenti une clause compromissoire, en dehors des règles légales qu'il devait respecter, quel sera le sort de son engagement ? Le défaut de capacité produit l'absence de lien, l'absence d'obligation ; il semblerait donc que chacun des compromettants, puisse se prévaloir de la nullité de la convention ainsi souscrite. Cependant, l'article 1125 C. Civ. établit une exception, en matière de contrats, au profit de certains individus : mineurs, interdits, femmes mariées, qui peuvent opposer leur incapacité, sans qu'on puisse s'en prévaloir contre eux. Les dispositions de cet article

doivent être étendues au contrat judiciaire qu'est le compromis, et à la clause compromissoire. Ces personnes privilégiées pourront, du reste, couvrir cette nullité, en confirmant le contrat, quand ils seront en possession de leur pleine capacité.

Comme on le voit, toutes les règles relatives à la capacité de compromettre, s'appliquent à la capacité de souscrire une clause compromissoire.

II

Objet de la Clause Compromissoire

Toute matière, en principe, est susceptible de faire l'objet d'un compromis, ou d'une clause compromissoire. Tout contrat peut contenir celle-ci, en ce qui peut concerner son interprétation, sa portée, son exécution. Telle est la règle de droit commun que nous croyons devoir poser. Elle comporte des exceptions.

« L'influence de certaines causes sur l'harmonie sociale, le rang qu'elles occupent dans la classe des intérêts privés », l'importance qu'elles revêtent, vis-à-vis des parties elles-mêmes, toutes considérations qui ont porté le législateur dans tous les temps, « à les environner d'une solennité sociale », devaient les soustraire aussi à la justice privée des arbitres. Il en était ainsi à Rome, où on ne pouvait prendre arbitre sur son état, sur sa liberté, sur son ingénuité. (*Dig.* L. 32, § 7. *De Receptis*) ; sur les actions dites fameuses, l'adultère et le meurtre (*id.* § 6), etc... Et cet es-

prit des lois romaines, qui a guidé si souverainement les rédacteurs de nos codes, se retrouve tout entier dans les quelques lignes qui composent l'article 1004 Procéd. Civ. : « On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au Ministère Public ». Les causes communicables sont indiquées dans l'article 83 Procéd. Civ. Si, relativement, à ces matières, on ne peut passer un compromis, on ne pourra pas non plus en faire l'objet d'une clause compromissoire. On ne peut, en effet, promettre de faire ce que la loi interdit.

C'est ainsi qu'un mari et sa femme ne pourraient stipuler, soit dans leur contrat de mariage, soit dans une convention spéciale, que, dans le cas où les intérêts pécuniaires de la femme l'exigeraient, ils feraient un compromis en vue de faire prononcer par des arbitres leur séparation de biens ; ou encore, qu'en cas de dissentiments de ménage, d'adultère, en un mot en cas de motifs de divorce ou de séparation de corps, ils feraient appel à la juridiction des arbitres pour les apprécier, et prononcer sur l'un ou sur l'autre. Compromis et clause compromissoire seraient radicalement nuls.

C'est ainsi encore que le créancier et le débiteur d'une dette alimentaire, résultant d'une libéralité, ne pourraient pas convenir que, si quelque difficulté surgissait entre eux, à l'occasion du paiement des arrérages, ou d'une manière plus large, à l'occasion de

l'obligation tout entière, ils auraient recours au compromis pour la solutionner.

De même une clause compromissoire serait nulle si elle intervenait sur des contestations intéressant l'ordre public, l'Etat, le Domaine, les Communes, les Etablissements Publics, les dons et legs au profit des pauvres, des Bureaux de Bienfaisance, etc., ou sur celles relatives aux tutelles, déclinatoires sur incompétence, règlements de juges, récusations et renvois, prises à parties ; aux causes des femmes non autorisées par leur maris, ou même autorisées lorsqu'il s'agit de leur dot, sous le régime dotal, etc.... (C. Procéd., art. 83).

En concluant le contrat, où elles ont l'intention d'insérer la clause compromissoire, il sera facile aux parties de se rendre compte si le litige éventuel qui peut en naître, rentre dans les interdictions portées à l'article 1004. Mais, qu'elles l'aient prévu ou non, la clause compromissoire, qui, dans sa réalisation, toucherait au règlement d'une contestation concernant ces matières, serait nulle : l'article 1004 étant une disposition d'ordre public.

III

Preuve de la Clause Compromissoire

Puisque le compromis est un contrat, et en a tous les caractères « il doit aussi être soumis à toutes les règles établies par les lois en matière de contrats... : toutes les formes dans lesquelles peuvent être passés une convention, un contrat ordinaire, conviennent au

compromis. Authentique ou sous signature privée, il sera également valable.» (Exposé des Motifs Galli. Rapport Mallarmé, *loc. cit.*). Telle est l'explication donnée de l'article 1005 Procéd. Civ. : « Le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée ».

De cet article, on déduit deux conséquences : d'abord, le texte n'ayant pas un caractère limitatif, le compromis peut résulter d'actes autres que ceux qu'il énumère ; en second lieu, l'écriture est de l'essence du compromis. L'existence de celui-ci, dit Mongalvy, (n° 216) « doit être prouvée par la représentation de l'acte qui le contient ». En effet, serait-il raisonnable de faire un procès en justice à propos d'une convention qui a pour but d'éviter cette justice ? Le compromis verbal n'existe pas. Même si son objet est inférieur à une valeur en cause de 150 francs, même s'il existait un commencement de preuve par écrit, le compromis ne pourrait être prouvé par témoins. Il ne faut pas qu'il puisse y avoir un doute sur sa réalité. L'écrit, d'après la jurisprudence, peut cependant être remplacé par l'aveu ou le serment. (V. Riom, 4 mai 1861. D. P. 1861, 2. 129 et Cassation, 9 juin 1868. D. P. 1869. 1. 85).

La clause compromissoire suivra-t-elle, quant à sa preuve, les mêmes règles, pour les mêmes raisons ? Il ne faut pas non plus qu'il y ait l'ombre d'une discussion, sur le point de savoir, si les auteurs d'un contrat ont voulu écarter la juridiction ordinaire, pour avoir recours au jugement par arbitres. Puisqu'il ne serait pas raisonnable de porter devant

les tribunaux la question de savoir si un compromis, qui a pour objet de soustraire un différend à ces mêmes tribunaux, existe ou n'existe pas ; il ne serait pas plus admissible que cette discussion put s'ouvrir à propos de la promesse du compromis. C'est ce que la Cour de Bruxelles a décidé par un arrêt du 28 mars 1821. (On sait que les règles de l'arbitrage sont identiques en France et en Belgique, où l'on se sert du même Code de Procédure) : « un compromis étant vicié de nullité s'il n'est rédigé par écrit, *a fortiori* la convention verbale d'en passer un, ne remplit pas le vœu de l'article 1005 ; dans l'espèce, les appelants n'articulent qu'une convention verbale pour justifier d'une promese de compromis ; il y a lieu de les débouter de leurs conclusions. » (D. J. G. V° *Arbitrage*, n° 338, note).

Il faut donc un écrit pour la validité de la clause compromissoire. Quand cet écrit est un acte sous-seings privés, les conditions de l'article 1325 C. Civ. sont-elles applicables ? L'acte qui contient la clause doit remplir toutes les conditions requises pour sa validité même, et notamment être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, comme le veut ledit article 1325 pour les conventions sous-seings privés. Il ne faut pas, en effet, que la partie saisie du seul original qui existe, reste uniquement maîtresse de l'arbitrage. La nullité qui résulterait de cette omission, serait toutefois susceptible d'être effacée par l'exécution volontaire de la clause.

La preuve du compromis peut encore résulter, avons-nous dit, d'actes autres que ceux énumérés à l'article

1005. De même la preuve de la promesse de compromettre. Le consentement donné en justice suffit. Ainsi, qu'un jugement donne acte aux parties d'un désistement avec promesse de passer un compromis, il constitue un contrat judiciaire valable et qui les oblige.

A cette même catégorie d'actes, se réfèrent aussi les procès-verbaux de conciliation des juges de paix. La jurisprudence décide que le compromis inséré dans un procès-verbal de conciliation non signé des parties, est valable. (Grenoble, 17 janvier 1822. — Bordeaux, 5 février 1830 et 13 juillet 1830. — Toulouse, 25 juin 1831. — Dalloz. J. G. V° *Arbitrage*, n° 427). En ira-t-il de même de la clause compromissoire ? Le cas se pose rarement ; et il est plus que probable qu'en pareille circonstance, le procès-verbal ne contiendra pas seulement une promesse de compromettre, mais bien, *hic et nunc*, un compromis. La chose est cependant possible. Il paraît logique de refuser à un procès-verbal non signé des parties, force probante de clause compromissoire. Le juge n'a ici que la qualité de médiateur, de conciliateur. L'article 54 Procéd. Civ. dit bien que les conventions des parties, insérées au procès-verbal, ont force d'obligation privée, mais ce texte laisse entendre que ces parties doivent avoir signé le procès-verbal (Rennes, 18 mars 1837. Dalloz. J. G. V° *Conciliation*, n° 353). La Cour de Cassation paraît encore l'avoir ainsi pensé dans un cas, où il résulterait de l'énoncé du procès-verbal de non-conciliation que les parties étaient convenues de faire juger leurs différends par des arbitres : « La Cour : attendu qu'il a été décidé, en point de fait, par l'arrêt attaqué, qu'au-

cun compromis, qu'*aucune convention d'arbitrage*, n'avaient été produits ; d'où suit que c'est avec raison que cet arrêt a fait droit entre les parties, et ne les a pas renvoyées devant arbitres ; Rejette. » (Requêtes, 21 août 1832. Dalloz. J. G. V° *Arbitrage*, n° 429). A ce moment, la jurisprudence tenait la clause compromissoire pour valable, mais « *le procès-verbal de non-conciliation n'était pas signé des parties.* »

IV

Effets et Sanctions de la Clause Compromissoire

Les parties qui ont convenu de la clause compromissoire, peuvent, d'un commun accord, renoncer à son application, ou exécuter le contrat. Dans le premier cas, elles usent de leur droit de résiliation du contrat, *mutuus dissensus* ; dans le second, elles passent compromis, et tout est régularisé, même aux yeux de la jurisprudence hostile. (Cassation, 28 janvier et 18 mars 1846, *loc. cit.*).

Mais voici qu'une des parties refuse de tenir sa promesse. Que va faire et demander l'autre partie ? Quelle sera sa situation ? Quel sera l'effet de la clause ?

Constatons d'abord que la clause est une *obligation de faire* ; par conséquent, de quelque façon qu'elle agisse, il ne dépend pas d'une seule des parties qui l'ont convenue, de s'en dégager à son gré, ou d'en rendre seulement l'exécution impossible. L'autre par-

tie a droit au respect de cette obligation. Comment l'obtiendra-t-elle et dans quelle mesure ?

Plusieurs opinions sur la réponse à fournir. L'une dit : la clause est une obligation de faire, c'est admis ; ces obligations, au cas d'inexécution par le débiteur, se résolvent en dommages-intérêts au profit des créanciers. (Article 1142 C. Civ.). Donc, la partie qui refuse le compromis ne doit être condamnée, vis-à-vis de l'autre, qu'au paiement d'une certaine somme à titre de réparation, par application de cet article, et de la maxime : *Nemo præcise cogi potest ad factum.*

Une autre opinion, reprenant ce raisonnement, le fait sien, et le complète : l'exécution est de nature à pouvoir être obtenue sans l'intervention personnelle du débiteur, en l'espèce, du refusant ; conformément à la règle posée par l'article 1144 C. Civ., le tribunal, saisi, nomme l'arbitre que la partie récalcitrante ne veut pas désigner, les frais de l'instance étant à la charge de cette dernière. C'est la sanction indiquée par les projets et propositions de lois sur la clause compromissoire, déposés sur le bureau du parlement. On a objecté contre ce système, que l'arbitre ne saurait être désigné que par les parties ; que c'est autrement retomber dans l'arbitrage forcé supprimé par la loi de 1856. Ne nous laissons pas impressionner par les mots. La clause compromissoire transforme en effet, en arbitrage obligatoire, un arbitrage volontaire ; elle est un mode d'exécution de l'arbitrage librement choisi. Comme disait le conseiller d'état Treilhard : tout homme use de sa liberté, ensuite il se trouve engagé, mais parce qu'il l'a voulu. De toute nécessité,

cet engagement doit avoir sa sanction ; être exécuté, s'il le peut. Aucun inconvénient à ce que la justice publique, exerçant son contrôle, et veillant à l'observation des obligations contractées, nomme elle-même l'arbitre. Ce droit, d'ailleurs, elle le possède déjà. L'article 1017 Procéd. Civ., décide en effet que, si les arbitres en état de partage ne s'entendent pas sur le choix du tiers-arbitre, celui-ci sera nommé par le Président du Tribunal. La situation des parties qui ne s'entendent pas sur la désignation des arbitres originaires, peut être assimilée à celle prévue par cet article. Dans le cas de l'article 332 C. Com., la jurisprudence ne se fait aucun scrupule de donner cette sanction à la clause compromissoire. L'arbitre du refusant est nommé d'office par le Tribunal de Commerce. (Cassation, 27 novembre 1860, *loc. cit.*). C'est la solution traditionnelle (Ordonnance de 1681, Titre 6, Livre 3, article 70, *loc. cit.*).

Enfin, une troisième opinion paraît concilier les deux précédentes, et les satisfait l'une et l'autre, par l'application, à l'exécution de la clause obligation de faire, du système jurisprudentiel des astreintes, dont la légitimité fut un moment combattue, mais qui est, à l'heure actuelle, couramment pratiqué, et reconnu valable. Ce troisième moyen pourra toujours être réalisé par la jurisprudence, même en présence des dispositions des projets de lois en cours, car le système des astreintes est en dehors des textes, et il s'adapte comme sanction à toutes les conventions. La partie qui refuse le compromis au moment voulu, pourra être condamnée sur la demande de l'autre partie, à une

astreinte de tant par jour de retard, passé le délai accordé par le juge pour qu'elle s'exécute et nomme son arbitre. La menace d'une indemnité considérable à payer, amènera la plupart du temps le refusant à s'exécuter. Faute d'exécution, le Tribunal nommera l'arbitre, et pourra même, selon les circonstances de la cause, allouer une indemnité à l'autre partie.

Quand les parties auront sanctionné elles-mêmes l'exécution de leur engagement par une clause pénale, le juge ne pourra se dispenser de condamner le refusant au montant de la *pœna*, pourvu qu'il y ait eu mise en demeure (articles 1230, 1231, C. Civ.). Mais il ne pourra faire que cela ; il n'aurait pas compétence pour nomination d'un arbitre. Cette condamnation prononcée, la voie de l'arbitrage sera épuisée entre les contractants.

Tels sont les effets de la clause compromissoire entre les parties.

Voyons maintenant ce qu'ils sont relativement aux héritiers des parties. Nous pensons qu'il faut appliquer à la clause compromissoire la solution donnée par la loi, pour le compromis, dans l'article 1013. Procéd. Civ. : « Le décès, lorsque tous les héritiers sont majeurs, ne mettra pas fin au compromis ; le délai pour instruire et juger sera suspendu pendant celui pour faire inventaire et délibérer. »

Pour les héritiers majeurs, l'article 1013 ne fait qu'appliquer à l'arbitrage les dispositions de l'article 1122 C. Civ., suivant lequel « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte

de la nature de la convention. » De plus, pendant les trois mois pour faire inventaire, et les quarante jours pour délibérer qui les suivent, accordés par l'article 795 C. Civ., de même que le délai du compromis et les opérations des arbitres sont suspendus, de même les héritiers ne pourront être contraints à exécuter la clause compromissoire. (Articles 1013 Procéd. Civ. et 797 C. Civ. combinés).

Pour les héritiers mineurs, la loi les vise *a contrario* dans l'article 1013. Ils ne peuvent librement disposer, et leurs causes sont sujettes à communication (articles 1003 et 1004), le compromis prend fin à leur égard. La clause compromissoire n'existe pas pour eux ; ils n'en sont pas tenus du chef de leur auteur.

V

Causes d'Extinction de la Clause Compromissoire

Les causes d'extinction qui mettent fin au compromis, anéantiront aussi la clause compromissoire : article 1012 Procéd. Civ. En dehors des cas prévus par ce texte, l'obligation de compromettre s'éteindra par les différentes causes qui feront disparaître le contrat auquel elle est adjointe ; par exemple, par la confusion résultant de la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur ; par la condition résolutoire ; par la résiliation du contrat, par sa révocation ; par la prescription ; par l'exécution complète du contrat : ainsi une clause compromissoire

insérée dans une police d'assurances terrestres, ou dans un bail, disparaîtra faute d'objet, par l'expiration de la police ou du bail. Cependant les difficultés survenant après le contrat, mais en s'y rattachant, devraient être soumises, pour leur solution, au tribunal d'arbitres.

A ces causes générales il convient d'ajouter le décès d'un des contractants, qui éteint l'effet de la clause compromissoire, à l'égard de ses héritiers mineurs.

La condamnation de la partie récalcitrante au paiement de la *pœna* stipulée au contrat en cas d'inexécution de la clause, annulent aussi son effet postérieur, et rend les contractants à la juridiction ordinaire des tribunaux.

CHAPITRE VI

RÉFORMES PROPOSÉES EN FAVEUR DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Nous avons essayé de démontrer que l'opinion de la jurisprudence, qui considère comme illégale la clause compromissoire, était illogique et déplacée, soit en regard des textes de lois sur lesquels elle prétend s'appuyer, soit en regard des principes généraux qui régissent notre législation, et de l'esprit qui l'anime ; que les craintes qu'elle expose, touchant cette convention, et les inconvénients dont elle la montre remplie, sont en réalité inexistants, ou considérablement exagérés. En tous cas, existerait-il des imperfections dans sa réalisation pratique, il paraît plus sage d'y remédier par une juste réglementation, que d'en faire les bases d'une prohibition vraiment attentoire à la liberté des conventions, une source de gêne dans les relations des particuliers, pour le règlement de leurs intérêts privés.

Mais cette réglementation est le droit de l'avenir.

Pour mieux éclairer sa nécessité dans nos lois, recherchons dans les législations étrangères l'expression de la pensée commune sur la valeur juridique de la clause compromissoire. Nous verrons que toutes, avec claivoyance, ont autorisé cette convention : les unes avaient prévenu les besoins de notre époque ; les au-

tres y ont répondu, aussitôt qu'elles les ont éprouvés, par des réformes utiles. Car un mouvement presque universel s'est accusé très favorable à l'arbitrage, dans les dernières années du XIX^e^ siècle. Il ne pouvait manquer de se manifester en France, et ce malgré les oppositions et les résistances éternelles et intéressées de ceux qui sont appelés à souffrir d'un état de choses nouveau. Cette manifestation a trouvé son expression dans des projets de réforme et des propositions de lois apportant des modifications heureuses au régime actuel de la justice arbitrale.

I

Droit Comparé

A l'heure présente, la nullité de la clause compromissoire n'est plus admise qu'en France et en Espagne. En France, nous connaissons les motifs sur lesquels on la base ; en Espagne, elle se trouve en contradiction avec l'article 793 Procéd. Civ., qui exige dans le compromis l'indication de la question à résoudre.

En dehors, toutes les législations ou jurisprudences admettent la validité. Et il y a lieu de remarquer aussi que ces mêmes législations exigent presque toutes que le compromis soit constaté par un écrit, authentique ou sous-seings privés, qui doit indiquer l'objet de l'ar-

bitrage et le nom des arbitres (1). Elles concilient donc ces exigences avec l'emploi de la clause compromissoire. En Allemagne, le compromis verbal est suffisant ; mais il doit être écrit, si une des parties le désire (2).

Si nous nous reportons au Code de Procédure du canton de Genève, de 1819, qui n'est, dit Molinier, qu'une intelligente simplification de celui qui nous régit, nous trouvons au titre 24, dans les articles 335 et 336, des dispositions qui, loin de considérer la clause compromissoire comme pleine de dangers, supposent au contraire qu'il peut être avantageux d'assurer le bénéfice de l'arbitrage pour le jugement du contentieux relatif à certains traités d'intérêt privé. (3).

Le Code de Procédure Civile allemand, promulgué le 27 janvier 1877, dispose en son article 852, au Livre X, intitulé *De la Procédure arbitrale :* « Un compromis sur des contestations futures n'est valable que s'il a pour objet un droit déterminé et les contesta-

---

(1) V. Code de Procédure Autrichien, art. 270 ; — Code Procédure du Canton de Berne, art. 373 ; — Coutumes et Jurisprudence Anglaises. Lehr : *Eléments du Droit Civil Anglais*, n° 746 ; — Code Italien, art. 12 ; — Code Hollandais, art. 623 ; — Code de Genève, art. 338. — Québec : Code de 1897 ; etc...

(2) Code de Procédure Allemand, article 853.

(3) Voir l'*Exposé des Motifs* du titre 24 de la loi sur la Procédure, relatif à l'arbitrage, dans le Canton de Genève, présenté par P. F. Bellot, professeur de droit, au Dalloz. J. G. V° *Arbitrage*, n° 38 en note. Notre Code de Procédure y est largement critiqué sur ce point.

tions qui s'y rattachent. » En son article 854 : « Si le compromis ne contient pas la désignation des arbitres, il en est désigné un par chacune des parties. » En son article 855 : « Si les deux parties ont le droit de désigner des arbitres, la partie poursuivante fait connaître par écrit à son adversaire l'arbitre qu'elle a choisi, avec sommation d'en désigner un de son côté dans le délai d'une semaine. Ce délai passé, l'arbitre est désigné par le tribunal compétent, et à la diligence de la partie poursuivante. » Aussi bien ne s'embarrasse-t-on pas, ici, de subtiles distinctions de mots. Le compromis peut être actuel ou futur ; il désigne toute convention d'arbitrage. On ne s'effraie pas de la nomination par la justice publique ; et l'article 855 va même jusqu'à prévoir, en admettant sa validité, le cas où une seule des parties a le droit de nommer le ou les arbitres, et par conséquent, d'imposer son choix, en vertu du contrat, à son adversaire.

Le Code de Procédure hollandais (art. 620-3°) et le Code de Procédure Civile italien (titre préliminaire, art. 12 du chapitre 2), valident la clause compromissoire ; il en est de même du Code du Canton de Vaud (art. 332). Il est spécialement indiqué au Code italien et au Code du Canton de Vaud, que la justice fait les nominations nécessaires, quand une des parties s'y refuse. Le Code de Procédure Civile du Canton de Berne (art.373), admet la clause compromissoire, avec cette réserve, que, stipulée à l'occasion d'un contrat déterminé, elle doit indiquer le mode de nomination des arbitres.

Sans être spécialement autorisée par le Code de Pro-

cédure autrichien, la promesse de compromettre est reconnue légitime par la jurisprudence, et ce, d'une manière unanime. (Décision du Tribunal Supérieur, du 2 mars 1858. *Judicatenbuch.* 26. n° 10913, rapportée par Fuzier-Hermann, V° *Arbitrage.*)

Elle était aussi admise par la jurisprudence anglaise, avant son autorisation expresse par l'*Arbitration Act* de 1889 (Weill. Thèse, p. 249). Les changements successifs qui se sont produits en droit anglais sont intéressants à noter : avant 1855, c'était une règle bien établie, que la clause compromissoire, qui tendait à exclure la juridiction des tribunaux ordinaires, ne produisait, d'une façon générale, aucun effet. La pratique, guidée par les nécessités économiques et sociales, essaya de tourner cette prohibition. Et comme cet essai répondait à des desiderata unanimes, la jurisprudence, plus portée à favoriser le justiciable que le sollicitor, plus utilitaire, admit en 1855 (procès Scott, qui établit le nouveau courant d'opinion), un moyen déguisé proposé par la pratique, et sous un nom d'emprunt, valida la clause compromissoire (1). De cette

(1) L'évolution de la jurisprudence anglaise a été obsolument l'opposée de la jurisprudence française. — En Angleterre, pour faciliter l'essor intense du commerce et de l'industrie, provoqué par le développement du machinisme ; pour favoriser le règlement rapide des affaires ; pour élargir, pour rejeter une règle qui devenait trop étroite, qui constituait une gêne, la jurisprudence abandonne la théorie de la nullité, et, pour changer d'opinion, d'une façon « décente », « honorable », profite d'un artifice pro-

époque, une clause d'arbitrage peut être valablement insérée dans un contrat, si, au lieu d'exclure purement et simplement la juridiction des tribunaux ordinaires, elle stipule, que celle des parties qui voudrait recourir contre l'autre à des poursuites judiciaires au sujet dudit contrat, devrait, avant d'intenter son action, remplir une certaine condition : cette condition, était, d'une façon générale, qu'un arbitre devait d'abord statuer sur la difficulté. On présentait la clause compromissoire sous le nom de condition préalable, « *condition precedent* » ; et la jurisprudence la reconnaissait valable.

L'*Arbitration Act* de 1889, supprima toute distinction entre la clause compromissoire proprement dite, et la clause établissant une « *condition precedent* » : les deux sont également valables (articles 1 et 27). En pratique, la clause compromissoire reçoit son exécution de la façon suivante : Si l'une des parties intente son action devant les tribunaux, avant d'en référer à l'arbitre, l'autre partie, aussitôt après constitution d'avoué, peut faire arrêter la procédure ; mais

---

posé par la pratique, et admet, en réalité, la clause compromissoire.

En France, c'est presque au même moment, dans les mêmes conditions, que la jurisprudence, qui, jusqu'alors avait opiné pour la validité, et qui avait d'innombrables raisons pour persister dans son appréciation, change de sentiment, adopte la thèse de la nullité, et repousse systématiquement tout ce que la pratique imaginait pour tourner cette prohibition. Bien mieux, c'est la jurisprudence qui invente l'artifice, en le couvrant d'une mensongère légalité, en vertu duquel il lui sera permis de bien asseoir ses décisions.

le tribunal a le droit, dans certains cas, notamment en cas de fraude, de refuser le renvoi en arbitrage. Si c'est seulement après la décision de l'arbitre que l'une des parties intente son action devant les tribunaux, l'autre partie peut, non seulement faire arrêter la procédure, mais encore faire exécuter la sentence comme un jugement ordinaire, sauf, toujours le cas de fraude.

Enfin, en Belgique, où l'arbitrage est régi par les mêmes règles qu'en droit français, par des dispositions de textes identiques, il est de jurisprudence constante, « que la clause compromissoire ou promesse de compromettre est valable et doit sortir ses effets. » (Extrait d'un arrêt de la Cour de Gand, du 8 août 1874, C. 1875. 298). Deux autres arrêts, à des dates éloignées l'une de l'autre, nous font mieux saisir encore, la constance de cette opinion, et toute la valeur de cette constatation, par rapport à l'interprétation défectueuse que notre jurisprudence s'obstine à donner de l'article 1006 Procéd. Civ.

Le 12 février 1821, la Cour de Bruxelles rend un arrêt ainsi conçu : « La Cour ; — Attendu que les intimés fondent l'action qu'ils ont exercée contre l'appelant, sur l'article 10 de la convention intervenue entre eux le 10 janvier 1820, lequel est conçu dans les termes suivants : pour le cas où quelques différends s'élèveraient sur l'interprétation et l'exécution des présentes et de leurs suites, il est convenu, qu'ils seront décidés, à Gand, par trois arbitres. — Qu'en conséquence, il ne s'agit pas dans l'espèce d'un acte de compromis par lequel les parties auraient soumis à

des arbitres des points précis de contestation, mais de l'exécution de l'article précité de ladite convention ; et que, par une suite ultérieure, les points de difficulté que les intimés veulent soumettre à des arbitres, étant assez caractérisés dans l'exploit introductif d'instance, pour qu'il soit manifeste qu'ils sont relatifs à la nature et à l'exécution de ladite convention, qui ne contient rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, ils sont compris dans l'article sus-énoncé de cette même convention ; d'où il suit, ultérieurement encore, qu'il sert de base légitime à l'action exercée par les intimés contre l'appelant... etc... Met l'appel à néant. » (1).

Et la Cour de Cassation de Belgique, par un arrêt du 17 février 1888 (D. P. 1889. 2. 168), affirme à nouveau que la clause compromissoire n'est pas interdite par la loi, l'article 1006 Procéd. Civ., concernant le compromis proprement dit, et non sa promesse : « La Cour ; — Sur le deuxième moyen : Fausse interprétation de l'article 1003 Procéd. Civ. ; violation des articles 1006, 1007, 1012 et 1029; et des articles 1 et 8 de la loi Belge du 25 mars 1876, en ce que l'arrêt attaqué a déclaré valable la convention du 3 juillet 1883, entre parties, portant clause compromissoire, alors qu'elle ne remplit pas les conditions prescrites, à peine de nullité, par l'article 1006 Procéd. Civ., pour la validité du compromis : Attendu que la clause compromissoire n'est interdite par aucun texte de loi ; qu'elle

---

(1) Dalloz. J. G. V° *Arbitrage*, n° 454, note 3.

n'est point non plus contraire à l'ordre public, et rentre dans le domaine des conventions particulières auxquelles sont applicables les principes sur la capacité des personnes et la matière des contrats ; — Attendu, d'ailleurs, que sa validité a été formellement reconnue par l'article 332 C. Com. ; que la faculté résultant de cette disposition, loin d'être exceptionnelle, dérive d'un principe de droit commun qui en admet l'existence ; — Attendu, il est vrai, que l'article 1006 P. C. exige, à peine de nullité, la désignation des objets en litige et les noms des arbitres; mais que ces prescriptions concernent le compromis proprement dit et non la clause compromissoire ; que l'obligation de compromettre, n'étant, au surplus, contractée qu'en vue des difficultés futures, la désignation requise par l'article invoqué serait à son égard souvent inefficace et même impossible ; — Attendu... etc... ; Par ces motifs, rejette. »

Une note, sous cet arrêt, dit : Cette décision de la Cour de Cassation de Belgique est tout particulièrement importante. La solution de la jurisprudence française, qui prohibe cette clause, présente le grave inconvénient de restreindre l'application de l'arbitrage, alors qu'il entre dans nos mœurs de l'étendre chaque jour davantage.

II

Mouvement Favorable a l'Arbitrage

La situation de la France serait-elle tout autre que celle des pays étrangers, en ce qui concerne le règlement plus rapide et plus libre des litiges privés ? Ses nécessités économiques ne seraient-elles pas les mêmes que celles des nations ses voisines ? L'arbitrage est-il vraiment davantage dans nos mœurs qu'autrefois ? La faveur dont on l'entoure, les vœux dont on l'appelle s'adressent-ils seulement à lui-même, pour sa valeur intrinsèque ? Nous croyons plutôt qu'il apparaît dans notre législation comme un mode permis de dénouer les conflits, plus facile et plus simple que la procédure ordinaire, étroite et surannée en beaucoup de ses formes; d'où la préférence qu'on accorde à l'arbitrage. Les réformes étant longues à aboutir, par suite d'oppositions multiples et tenaces, on a recours à ce que la loi offre de possible, de permis, qui s'approche le plus du changement désiré.

Il n'est un secret pour personne, et cette critique est sous toutes les plumes et dans toutes les bouches, que nos codes, dignes de toute admiration à l'époque où ils parurent, pionniers des législations modernes, commencent à vieillir en plusieurs de leurs dispositions; des mœurs nouvelles, des progrès incessants, appellent des réformes urgentes pour des règles qui seront bientôt

archaïques. Le Code de Procédure Civile est celui qui offre le plus matière à modifications et à transformations (1). Il est bien évident qu'on ne peut simplifier à outrance ; qu'on ne peut, comme le dit M. Tissier, « codifier, en quelques articles, toutes les formes de procédure » (2). Ce serait « créer l'anarchie et l'arbitraire », et « mieux vaut une réglementation compliquée que l'absence de règles ». — Treillard disait : « Il faut que les règles soient simples, mais pour simplifier les formes, gardons-nous bien de les détruire » (3). Et Ihering, en de fortes paroles : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté... Les formes fixes sont l'école de la discipline et de l'ordre. » (4).

L'état idéal serait bien évidemment d'avoir une justice et une procédure en harmonie toujours constante avec la situation politique, sociale, économique. Mais celle-ci est trop mobile; celles-là réclament, pour remplir convenablement leur but, la stabilité, au moins la promesse d'une certaine durée. Aussi, cet idéal est toujours à atteindre. Il est encore en puissance, et l'acheminement vers sa réalisation n'ira pas sans obstacles

---

(1) Une commission fut chargée, en 1862, de refondre le Code de Procédure ; mais, sauf sur quelques minimes points de détail, la réforme projetée n'est guère plus avancée, aujourd'hui, qu'à cette époque de 1862.

(2) Etude sur les Projets de réforme du Code de Procédure. *Revue trimestrielle*, année 1906, p. 625 et sq.

(3) Locré. Tome XXI, p. 21.

(4) Ihering. *Esprit du Droit Romain.* Trad. de Meulenaere, tome III, p. 164.

et sans résistances à surmonter ou à briser, soit qu'on veuille faire une réforme générale, soit qu'on y arrive seulement petit à petit, par des changements partiels. Les modifications législatives, surtout en matière de procédure, ont toujours été, sont et seront toujours combattues, toujours retardées, souvent empêchées par l'opposition de ceux qui sont intéressés au maintien de l'état de choses qu'elles veulent transformer, et, par là-même, à leur point de vue, profondément troubler.

« Dans le cours du temps » dit Ihering « les intérêts de milliers d'individus et de classes tout entières se sont liés au droit existant, de telle manière que celui-ci ne peut plus être aboli sans les toucher au vif. Mettre en question la règle ou l'institution du droit, c'est déclarer la guerre à tous ces intérêts, c'est arracher un polype qui s'est accroché par mille bras... Dans tous les cas, où le droit existant trouve son soutien dans l'intérêt, le droit nouveau ne peut venir à bout de s'introduire, qu'au prix d'une lutte qui, souvent, se prolonge pendant plus d'un siècle, et qui atteint le plus haut degré d'intensité, lorsque les intérêts ont pris la forme de droits acquis... Ce sont toujours des droits anéantis, qui marquent la voie suivie par le droit » (1). Et Bentham : « A coup sûr les individus, et encore plus fréquemment les classes, donnent constamment leur appui à des institutions, qu'ils estiment leur être profitables, mais qui, en fait, sont certainement préjudiciables au

(1) Ihering. *La lutte pour le Droit.*

reste du monde. L'explication de cette conduite est, neuf fois sur dix, que les hommes arrivent facilement à croire que les combinaisons qui leur sont agréables, sont avantageuses pour les autres » (1).

Et ces causes de retards dans les changements réclamés, elles sont toujours les mêmes; cet état de choses, cette opposition se manifestent et se vérifient dans tous les temps et dans tous les pays.

Oyez Boileau, à propos de l'Ordonnance de 1667, combattue par les corporations, dont les intérêts se trouvent lésés par ses dispositions nouvelles; il écrit avant :

« *Déjà, de toutes parts, la chicane aux abois,*
« *S'enfuit au seul aspect de tes nouvelles lois.*

Mais la chicane triomphe, s'adapte, tire le meilleur parti possible de la situation qu'on lui crée, et il constate, après l'ordonnance, que

« *Ses griffes, vainement, par Pussort raccourcies,*
« *Se rallongent déjà, toutes d'encre noircies.*

Oyez les Procureurs au Châtelet : En 1789, on leur demande leur avis sur les réformes à introduire dans la Procédure. Il n'y a qu'une réforme qui s'impose, celle du tarif; il y a lieu d'augmenter leurs émoluments ; tel fut le sens de la réponse (2).

Et lorsque, plus récemment, on parla de mettre à l'étude le système des livres fonciers, dont plusieurs pays étrangers ont déjà le bénéfice, les notaires ne

---

(1) Bentham. Edition Dumont, 1889, tome I, p. 537.
(2) Seligman. *La Justice pendant la Révolution*, p. 182.

formèrent-ils pas une véritable ligue, pour empêcher ce projet de se réaliser ?

Or, il est bien certain que la réglementation de l'arbitrage, telle qu'elle est dans notre Code de Procédure, demande une réforme. Mais les procéduriers estiment, qu'étendre le domaine de cette juridiction privée, serait léser leurs intérêts, leurs droits acquis. D'où leur opposition systématique; opposition dont on ne peut trop violemment les blâmer, réflexe de l'instinct de la conservation, et de la lutte pour la vie. Cette résistance a été vue très nettement dans tous ces derniers temps. Une de ces comédies modernes — qui reflètent assez fidèlement les mœurs de notre époque — paraphrase le droit « haineux », de Championnière. Dans « *Les Goujons* », Belluche, avoué, porte l'opinion du Palais à la scène : « L'arbitrage est une forme *hideuse* de la Justice; une justice où l'on se passe d'huissier, d'avocat, et même de juge ! » (1). Il ne se met pas sur les rangs, par modestie sans doute. Il est bien évident que les basochiens, par atavisme, imbus de l'esprit de leur classe et de ses traditions, ne peuvent considérer une telle justice comme étant bonne et sérieuse. Pour le malheur de la société, ce serait le retour aux temps barbares !

De cette opinion scénique — au demeurant badine et pas très cruelle — tirons une constatation : c'est que tout est lié dans l'administration de la justice

---

(1) *Les Goujons*, de Louis Bessière, représentés au Théâtre de l'Odéon, et non sans succès, le 19 avril 1907.

publique, tout se tient dans la procédure. Les différents organes du rouage, forment un tout complet, qu'il serait difficile de toucher partiellement. Il ne s'agirait pas seulement d'édicter des lois nouvelles, de refondre les Codes ! Il faudrait aussi réformer toute l'organisation judiciaire. Et l'on voit ainsi immédiatement pourquoi la jurisprudence a toujours soutenu, jalousement, la procédure qui est la raison d'être des tribunaux ; voilà pourquoi ceux-ci ont toujours donné la main, et prêté leur appui, à leurs auxiliaires les plus rapprochés, à leurs auxiliaires indispensables ! Ils ont senti qu'en permettant de toucher aux prérogatives des hommes de lois — prérogatives d'ailleurs achetées par eux, et que, sur la foi de ses engagements, l'Etat doit leur conserver — ils donneraient libre passage à des atteintes dirigées contre leur propre existence. Chacun se protège : et ces défenses sont de bonnes foi et de bonne guerre.

Il ne faut pas, du reste, tout immoler aux intérêts si divers, si mobiles des justiciables. Ceux-ci seront toujours mécontents : ceux qui ont raison, parce qu'on leur fait attendre la reconnaissance de leurs droits, parce que les règles de la justice osent permettre à leur adversaire de les attaquer; ceux qui ont tort, parce que, croyant avoir raison, ils crieront à l'injustice et à l'infamie, quand une décision les condamnera. Et il en est pareillement avec l'arbitrage : une institution, bonne en elle-même, ne modifie pas le caractère de ceux qui l'empruntent et s'en servent ! Et, n'en déplaise à Messieurs les plaideurs, il est tracé de main de maître, ce portrait qu'on a fait d'eux : « indi-

vidus épars, qui ne forment point une classe, qui changent tous les jours, dont les plaintes sont odieuses, et qui ne peuvent même faire comprendre leurs griefs les plus légitimes ! » (1). L'opinion et les pouvoirs publics sont indifférents à leur sort — à cause de ces « qualités » maîtresses ! — et c'est ce qui explique la victoire des résistances et des oppositions aux réformes projetées.

Ainsi donc, il faut tout concilier, et patienter, car « on n'a pas encore réalisé une combinaison de procédure qui ait donné satisfaction à toutes les exigences des justiciables, parce que ces exigences sont, en elles-mêmes, inconciliables. Les plaideurs demandent deux choses contradictoires, lorsqu'ils réclament la justice gratuite et instantanée, et qu'ils exigent, en même temps, une justice sérieuse, entourée de toutes les garanties désirables » (2).

A côté de ces résistances professionnelles, il en est une autre plus forte, et qui procède d'une nécessité plus pressante, d'un intérêt plus cupide : celle du fisc. Sans doute, la justice est gratuite ! Ironie des mots ! « Chaque pas qu'on fait devant les Tribunaux est l'occasion de la perception d'un tribut nouveau; tout acte judiciaire est l'objet d'un impôt. » A chaque degré que l'on gravit dans l'échelle judiciaire, ces taxes s'alourdissent. Mais, peut-on espérer voir cesser cet abus, inique, soit, mais d'une si précieuse utilité pour

---

(1) Bentham. *Traité des Preuves.* Livre I, chap. 2.

(2) Pacaud. *Lenteurs et frais de la Justice Civile,* 1889, p. 38 et sq.

les finances publiques ? On prépare des lois pour réduire les tarifs auxquels doivent se soumettre les officiers ministériels; leurs émoluments n'ont rien d'extraordinaire; ils sont, en tous cas, la rémunération d'un travail long et pénible. Il serait mieux et plus équitable de réduire les droits perçus par le trésor.

*
* *

En présence de cet état de choses, il n'y a pas lieu de s'étonner que les justiciables essaient, de toutes façons, de se soustraire à la justice publique, et emploient tous les moyens qu'ils ont, pour cela, à leur disposition.

L'arbitrage, croient-ils, — et ils ont raison jusqu'à un certain point — leur fournit une de ces échappatoires désirées : ils y ont recours. Et un mouvement s'est créé pour que les règles qui le gouvernent soient amplifiées, pour que son domaine soit agrandi, notamment par la validité reconnue de la clause compromissoire. « Il est clair que les parties sont bien plus disposées à un compromis, lorsqu'elles forment un contrat, et sont d'accord, qu'au moment où s'élève le différend; ne leur laisser le moyen de recourir au compromis que devant une contestation née, c'est les contraindre presque infailliblement aux charges et aux retards de la procédure ordinaire ». Et on ne peut pas ne pas souli-

gner la bizarrerie de cette situation qui consiste à ne pas admettre, entre particuliers français, une clause que l'on valide, en France même, quand elle intervient entre nationaux et étrangers; une clause que tous les autres pays tiennent pour légitime et applicable; une clause enfin qui forme l'objet même de traités d'arbitrage entre les Etats.

Aussi bien, la convention anticipée d'arbitrage fonctionnait-elle, en dehors de la prétendue règle de la loi, et sous le bénéfice de la jurisprudence atténuée.

En matière de sociétés de secours mutuels, notamment, ces sociétés « qu'aucune loi n'affranchit de l'application de l'article 1006, *Procéd. Civ.* », il est intéressant de parcourir les rapports divers faits sur leurs opérations dans ces dernières années, par le Ministre du Travail et de la Prévoyance Sociale. On y voit que l'organisation des commissions d'arbitrage par les unions de sociétés, a fait l'objet d'une circulaire du Ministre de l'Intérieur, du 7 novembre 1903, à la suite d'un vœu exprimé par le Conseil Supérieur de la Mutualité. Ces commissions ont pour objet de concilier les différends qui peuvent survenir, soit entre société et sociétaires, soit entre sociétés, soit entre les unions et les sociétés qui les composent. Les règles de l'arbitrage ont été insérées dans un grand nombre de statuts. Il résultait des indications recueillies, qu'en 1906, par exemple, une trentaine de commissions d'arbitrage, constituées par des unions départementales, avaient été appelées à connaître des conflits, et les avaient solutionnées à l'amiable. On y rappelait aussi que le grand

conseil des Bouches-du-Rhône, depuis sa fondation (1812), avait jugé plus de 1500 différends mutualistes.

L'emploi de la clause compromissoire est aussi préconisé, à l'exemple de la plupart des pays étrangers, (Angleterre, Suède, Pays-Bas, République Argentine, Etats-Unis, Canada, etc.) pour éviter les grèves des services publics, et prévenir les conflits qui en peuvent naître (1).

On pense aussi que la clause compromissoire, c'est-à-dire la convention d'arbitrage obligatoire dans les conflits collectifs possibles entre employeurs et employés sur les conditions futures du travail, pourrait soit arrêter les grèves, soit même les empêcher (2).

Mais quoiqu'il en soit de ces applications possibles de la clause compromissoire, en droit social, et sans les approfondir davantage, revenons au droit privé, et examinons les propositions que l'on a faites touchant la réforme de l'arbitrage.

---

(1) V. sur ce point les Projets gouvernementaux concernant les différends d'ordre collectif dans les chemins de fer et le rapport fait par M. Millerand, le 8 novembre 1911, à la Commission du Travail.

(2) Sur cette question, les Chambres avaient déjà conclu en 1892, à l'impossibilité d'établir les sanctions d'un système d'arbitrage obligatoire, sur deux rapports déposés en 1889, et lus au Conseil Supérieur du Travail, en 1891. La question semblait depuis abandonnée, quand deux propositions de loi furent déposées, l'une par M. Déjéante, en 1895, l'autre par M. Fournière, en 1901. Elles ne donnèrent lieu à aucun mouvement. L'opinion publique en général repousse l'idée de l'arbitrage obligatoire en cette matière ; et ce système a contre lui l'opposition particulière du parti socialiste, de la presque unanimité des patrons, des syndicats ouvriers...

III

Projets et Propositions de Lois

Le 5 mai 1894, M. Antonin Dubost, garde des sceaux, au nom du gouvernement, déposait un projet complet de revision du Code de Procédure. M. Mougeot fit sur ce projet, le 21 décembre 1895, un rapport partiel. Le projet fut repris et déposé à nouveau le 25 octobre 1898 (1). Sous le Titre unique du Livre III, ce projet exige, comme le code de 1807, la rédaction d'un acte, authentique ou sous-seings privés, pour l'établissement de la convention d'arbitrage ; l'existence du compromis doit donc résulter d'un écrit. Il prend ensuite le soin de distinguer suivant que le compromis porte sur une contestation déjà née ou sur une contestation à naître ; dans ce dernier cas, il est valable, comme dans l'autre. L'article 4 dispose enfin : « On peut convenir dans un contrat de soumettre à des arbitres toutes les contestations qui pourront en résulter ; dans ce cas, la partie, qui refuse de concourir à la désignation des arbitres, est sommée par l'autre de le faire dans la huitaine ; si elle persiste dans son refus, l'arbitre ou les arbitres dont la nomination lui était réservée sont désignés par le Président du Tribunal de Première Instance. »

---

(1) *Journ. Off. Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1898. Session extraordinaire. Annexes, p. 162.

*
* *

Un projet déposé à la Chambre des Députés le 12 juillet 1904, et qui avait été l'objet d'un rapport adressé par M. Ch. Lyon-Caen, rapporteur général, au Ministre du Commerce, était relatif aux dispositions législatives, auxquelles pourraient être soumis les contrats d'assurances terrestres. L'article 17 de ce projet énonce les mentions qui peuvent être insérées dans les polices, et prévoit, dans son dernier alinéa, « la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue. » Il reproduit donc pour les assurances terrestres, la disposition de l'article 332 C. Com., sur les assurances maritimes. Le rapporteur estime qu'il « ne semble pas y avoir de raison pour distinguer à cet égard entre les unes et les autres. Du reste, de bons esprits pensent que l'arbitrage doit être vu avec faveur, et qu'il est à désirer que, pour le favoriser, nos lois reconnaissent la validité de la clause compromissoire. »

*
* *

Dès le 22 juin 1904, la Chambre de Commerce de Paris avait émis un vœu favorable à l'adoption d'une proposition de loi qui devait être, en 1906, déposée sur le Bureau de la Chambre des Députés, par M. Etienne Flandin et plusieurs de ses collègues, tendant

à déclarer valable la clause compromissoire. La Commission de Réforme Judiciaire a examiné cette proposition de loi. Le rapport fut fait par M. le député Jeanneney, qui s'est prononcé en sa faveur (1).

Ce projet est ainsi conçu : *Article Unique*. Les articles 1003, 1004, 1005, 1006, 1007 et 1023, du Code de Procédure Civile sont ainsi modifiés : « *Article 1003*. Toutes personnes peuvent compromettre ou s'engager à compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. — *Article 1004*. On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements, sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations sujettes à communication au ministère public. On ne peut davantage s'engager à compromettre sur les mêmes objets, non plus que sur les difficultés relatives à la responsabilité des accidents, dont les ouvriers sont victimes dans leur travail. — *Article 1005*. Le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée. L'engagement de compromettre ne pourra non plus être pris que par acte authentique ou sous-seing privé. — *Article 1006*. Le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité. L'engagement de compromettre pris dans un contrat impliquera l'obligation de soumettre à des arbitres toutes les contestations qui

---

(1) V. *Journ. Off. Doc. Parl.*, Chambre annexes, 1906, n. 3026.

pourront résulter de ce contrat. En ce cas, la partie qui refusera de concourir à la désignation des arbitres sera sommée par l'autre de le faire dans la huitaine, et si elle persiste dans son refus, l'arbitre ou les arbitres dont la désignation lui était réservée, seront désignés par le président du tribunal de son domicile, sur requête de la partie adverse. La sommation et la requête indiqueront l'objet du litige. Copie de l'ordonnance sera signifiée à la partie récalcitrante en même temps qu'aux arbitres qui seront saisis par cette signification, sans qu'il soit besoin d'un compromis. — *Article 1007.* Le compromis sera valable, encore qu'il ne fixe pas de délai ; en ce cas la mission des arbitres ne durera que trois mois, du jour du compromis ou de la signification dont il est parlé à l'article précédent. — *Article 1023.* (Sans intérêt pour notre sujet). »

***

Enfin, une proposition plus récente a été déposée à la Chambre des Députés, le 7 mai 1907, par M. Louis Dreyfus (1). Elle tend seulement à faire produire effet à la clause compromissoire en matière commerciale, et consiste dans la disposition suivante qui serait ajou-

(1) V. *Journ. Off. Doc. Parl.*, Chambre annexes, 1907, n. 923.

tée à l'article 631 du Code de Commerce : « Les Tribunaux de Commerce connaîtront : 1°) des contestations... etc... — Toutefois, les parties, au moment où elles contractent, peuvent convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire. »

Dans l'exposé des motifs, M. Dreyfus invoque comme argument en faveur de la clause compromissoire, l'article 332 C. Com. Il fait aussi ressortir les avantages qui en résulteraient pour les parties : solution plus rapide du litige, diminution des frais. Enfin, fait-il remarquer, les juges des tribunaux de commerce sont élus par les justiciables : il n'y a donc aucun inconvénient à favoriser l'arbitrage, et à permettre aux plaideurs de choisir leurs juges pour un litige déterminé.

Il conviendrait de compléter l'un par l'autre les projets de M. Flandin et de M. Dreyfus : celui de M. Dreyfus ne prévoyant pas le désaccord des parties sur le choix des arbitres.

Il est à souhaiter que ces deux dernières propositions se transforment rapidement en lois. La question serait ainsi définitivement tranchée pour l'avenir.

CHAPITRE VII

La Clause Compromissoire en Droit International

Nous nous sommes uniquement préoccupés, jusqu'à manitenant, de l'arbitrage privé en droit interne français ; nous avons étudié la clause compromissoire et établi sa validité.

Il nous paraît utile, pour le complément de cet essai, d'examiner le problème qu'elle soulève dans un domaine plus large, dans une application plus complexe, soulevant par suite des difficultés plus nombreuses, des conflits plus délicats à trancher. Nous voulons parler de l'arbitrage en droit international.

C'est à son examen, rapidement résumé, que nous allons consacrer ce chapitre. Nous verrons d'abord quelle est la valeur de la clause compromissoire en droit international privé, à l'appréciation de la jurisprudence française. Ensuite, envisageant la question sous un aspect plus général encore, nous esquisserons un historique de droit international public, sur les traités d'arbitrage permanent dans les rapports de peuples à peuples, et les clauses compromissoires qui y sont fréquemment insérées.

SECTION I

Droit International Privé

Pour que l'arbitrage privé revête un caractère international, il faut l'intervention, dans le débat, d'un élément étranger quelconque. « Ce peut être, dit M. Weill (*loc. cit.*), l'extranéité des parties ou celle des arbitres ; la localisation à l'étranger d'une circonstence de l'arbitrage ; l'application, au fond ou dans la forme, d'une législation étrangère. » De ces diverses situations naissent des conflits de lois. On est bien d'accord sur plusieurs des difficultés qu'ils entraînent, mais on discute encore certains points, à savoir : si les étrangers ont le droit, en France, de recourir à la justice arbitrale, ou s'ils peuvent être arbitres ; quelles sont les conditions d'exécution, en France, de la sentence étrangère ; quelle est la valeur des clauses compromissoires insérées dans des traités qui, par leur nature, leur objet, la qualité et la nationalité des parties, relèvent du droit international privé.

Ce troisième point seul doit retenir notre attention. Il ne soulèverait pas de discussion, si la législation française par un texte nouveau, ou seulement la jurisprudence par une opinion bien établie et constante en regard des textes actuels, validait la promesse de recourir à l'arbitrage. Il y aurait alors harmonie entre les systèmes adoptés par la très grande majorité des

pays, et partant, sauf en des cas très rares, aucun conflit à solutionner.

Mais il n'en va pas ainsi, et nous savons que, en face de la théorie de la validité de la clause compromissoire, reconnue dans presque tous les pays étrangers (excepté en Espagne), la jurisprudence française est nettement fixée dans la théorie de la nullité, quand la clause a été conclue et doit être exécutée en France, entre nationaux. Que décidera-t-elle quand un élément étranger interviendra dans la convention ? La clause compromissoire, autorisée par une loi étrangère, peut-elle être opposée par l'étranger, assigné devant les tribunaux français par son co-contractant français ? Ce dernier ne pourra-t-il pas se prévaloir des dispositions de l'article 14 du Code Civil ? Le tribunal, sur l'exception soulevée, devra-t-il se déclarer incompétent ? Ordonner le renvoi devant arbitres ? Les désigner d'office ? Respecter la convention, ou n'en tenir aucun compte ? Accéder à la demande ou passer outre au jugement ? En un mot quelle est la valeur de la clause insérée dans un contrat entre français et étranger, sous l'empire d'une loi qui la valide, au regard de la jurisprudence française ? Est-elle nulle ? Est-elle valable ?

En réponse à ces questions, on trouve plusieurs opinions dans la jurisprudence. Trois tendances se détachent nettement, auxquelles correspondent trois groupes de décisions.

Dans un premier système, on prononce la nullité de la clause compromissoire, tout comme en droit interne.

Dans un second système, on recherche dans la clause compromissoire, tout en évitant d'affirmer la

validité, ou bien même en la repoussant, on recherche l'intention des parties, et si elles n'ont pas voulu en faire une simple clause exclusive ou attributive de juridiction.

Enfin, dans le troisième système, le plus généralement adopté, on admet, soit expressément, soit tacitement, la validité de la clause compromissoire.

*
* *

Système de la nullité (1). — La jurisprudence, en ce qui concerne cette nullité, a évolué. Elle la déclarait d'abord « absolue ». La disposition de l'article 1006 Procéd. Civ., est d'ordre public international, disait-elle ; en conséquence, elle doit être appliquée aussi bien aux conventions passées à l'étranger, qu'à celles passées en France. Le Français qui a souscrit une telle clause n'a pas renoncé d'une façon absolue et parfaitement valable, au privilège que lui confère l'article 14 du Code Civil, qui dit que « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français ; il pourra être

(1) V. Trib. Civ. Rochefort, 28 janvier 1859, D. P. 1861. 1. 166 ; — Paris, 8 novembre 1865, D. P. 1867. 2. 21 ; — Trib. Com. Rouen, 7 février 1879, *Journ. Dr. Intern. Privé*, 1880. p. 102 ; — Trib. Com. Marseille, 17 juin 1885, et Aix 17 novembre 1885, D. P. 1888. 1. 483 ; — Trib. Com. Marseille, 16 décembre 1885, et Aix 24 mars 1886, *Revue Int. Dr. Marit.*, 1885-1886, p. 517 et 1886-1887, p. 22 ; — Pau, 8 juin 1891, D. P. 1892. 2. 91. — Paris, 7 décembre 1893, D. P. 1895. 2. 45.

traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, envers des français. » C'est l'argumentation qui se dégage des décisions du Tribunal Civil de Rochefort, 28 janvier 1859 ; — de la Cour de Paris, 8 novembre 1865 ; — du Tribunal de Commerce de Rouen, du 7 février 1879 (*loc. cit.*). La première de ces décisions est intéressante à noter : deux jugements identiques furent rendus le même jour par le Tribunal de Rochefort :

« Attendu », y est-il dit, « qu'aux termes de l'article 14 C. Civ., l'étranger, même non résidant en France peut être traduit devant les tribunaux français, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers un français ; — attendu que ce droit pour le français constitue à son profit un privilège dont il peut user, toutes les fois qu'on ne peut lui opposer soit un fait, soit un acte, duquel il résulterait qu'il y a expressément renoncé ; que ce principe est incontestable et qu'il est consacré par la doctrine et la jurisprudence ; — attendu que pour savoir s'il y a lieu d'en faire l'application à l'espèce actuellement soumise au tribunal, il convient d'examiner si la clause compromissoire, invoquée par le demandeur à l'exception, peut avoir quelque valeur et être opposée comme entraînant la renonciation dont il a été ci-dessus parlé ; — attendu qu'il ne peut être douteux que le français n'ait, comme droit corrélatif à celui qui lui confère l'article 14 C. Civ., la faculté de contester la validité, en France, d'un acte qu'il aurait signé à l'étranger ; — que, dans l'espèce, et usant de ce droit, C... et C^ie^ soutiennent que la clause compromissoire insérée à la charte-par

tie du 13 février 1858, est nulle comme ne contenant pas les énonciations prescrites par l'article 1006 Procéd. Civ. ; — attendu, sur ce moyen, que s'il a été longtemps douteux que l'article 1006 dût s'appliquer à la simple clause compromissoire ou promesse de compromettre, il est aujourd'hui reconnu, et non contesté par R..., qu'une clause de la nature de celle qu'il oppose à C... et Cie, serait nulle si le débat ne s'agitait qu'entre français ; mais qu'il soutient qu'en vertu de la maxime « *locus regit actum* », la charte-partie ayant été passée en Angleterre selon la forme anglaise, doit faire loi pour toutes les parties qui l'ont signée ; — attendu que cette objection à la prétention de C... et Cie ne peut être accueillie par le tribunal ; qu'en effet la règle « *locus regit actum* » ne doit s'entendre et être acceptée qu'autant qu'il s'agirait de la forme de l'acte invoqué ; mais que, lorsqu'il s'agit du fond du droit, lorsque l'acte y porte atteinte, les parties sont bien fondées à en refuser l'exécution, *et qu'il est du devoir des tribunaux de revendiquer, ainsi que l'a dit l'ancien Droit avec tant de précision et de justesse, la nationalité française ;* — ... attendu qu'*il y a lieu de décider que la clause opposée à C... et Cie par R... est nulle, comme contraire à la loi française*, et que, par conséquent, elle ne peut être considérée comme constituant une renonciation au privilège ressortant de l'article 14 C. Civ., d'où suit que l'exception de R... et sa demande en renvoi à un arbitrage, ne saurait être accueillie. »

Et de l'arrêt de la Cour de Paris du 8 novembre 1865, on peut tirer : que la disposition de l'article 14 C. Civ., s'applique aux sociétés comme aux individus ; et

qu'ainsi la clause compromissoire, insérée dans les statuts d'une société étrangère, ne peut être opposée aux français qui ont traité en France avec cette société, et notamment qui y ont souscrit des actions.

Il n'est pas douteux que ces premières décisions aient exagéré la portée de l'article 14 C. Civ., et de l'article 1006 Procéd. Civ. L'ordre public français (nous avons plus haut démontré qu'il ne peut être atteint par l'emploi de la clause compromissoire), n'est pas en cause ; les tribunaux n'ont pas à apprécier la clause à ce point de vue ; mais bien seulement, si, telle qu'elle a été souscrite entre les parties, elle est valable d'après la loi étrangère qui la régit, d'après cette loi seule, et, dans l'affirmative, ils doivent, nécessairement, assurer son application en France.

Les tribunaux ne s'étaient pas arrêtés à ces diverses considérations qu'on avait alors fait valoir devant eux. En droit interne, c'était la période de la nullité complète à tous égards ; on ne discutait pas (on ne l'a jamais fait sérieusement), on affirmait cette nullité, de façon presque automatique. Par suite, les causes qui relevaient du droit international se voyaient appliquer la jurisprudence dont était gratifié le droit national. Les deux choses allaient de pair.

Aussi, estimant qu'on pouvait encore aller plus loin dans cette voie, finit-on par décider que le français, en souscrivant une simple clause attributive ou exclusive de compétence, ne renonce pas au bénéfice de l'article 14 C. Civ., parce qu'une telle convention est assimilée à une clause compromissoire, et annulée comme telle. C'est ce que récidèrent tour à tour le Tribunal de

Commerce de Marseille (17 février 1885) et la Cour d'Aix (19 novembre 1885), sur les faits suivants :

Les sieurs Bernex frères, négociants à Marseille, avaient cité devant le Tribunal de Commerce, la *Société Italienne de Navigation Florio-Rubattino*, dont le siège était à Rome, en paiement d'une somme de 15.000 francs, représentant la valeur de deux cents sacs de riz, confiés pour transport à cette compagnie, et qui n'étaient pas parvenus aux demandeurs. Ils agissaient comme porteurs du connaissement de la marchandise. La *Société de Navigation* déclina la compétence du tribunal saisi, en invoquant l'article 27 du connaissement, suivant lequel, en cas d'avarie, manque ou détérioration de la marchandise, toute action dirigée contre le transporteur, tant par l'expéditeur que par le destinataire, devait être portée « devant le prêteur, ou le tribunal du chef-lieu du district d'attache du navire à vapeur, dont le capitaine est estimé être responsable ;... la compétence du tribunal du lieu où la marchandise a été chargée ou consignée, restant ainsi, d'un commun accord, exclue... » Cette exception d'incompétence fut rejetée par le jugement du Tribunal de Commerce de Marseille, qui fut confirmé par l'arrêt de la Cour d'Aix : « Attendu que l'article 14 C. Civ. est, pour le français plaidant contre l'étranger, le droit commun ; — que le français peut renoncer à ce privilège de juridiction ; que sa renonciation peut être tacite... ; que l'article 27 du connaissement ne règle qu'une question de compétence entre tribunaux italiens, et n'a été écrit qu'en vue des relations de la compagnie avec ses nationaux ;... que l'article 27 du

connaissement, fut-il applicable à la cause, constituerait une clause compromissoire, nulle aux termes de l'article 1006 Procéd. Civ. »

C'était vraiment dépasser toute mesure en confondant les deux clauses (de compétence et compromissoire) ; aussi cette opinion fut-elle critiquée avec justesse et raison par M. Lyon-Caen (*Revue critique*, 1886, p. 343 et sq.) et par M. Chausse (*Revue critique*, 1886, p. 676 et sq.).

En même temps qu'elle était vigoureusement rabrouée sur ce point, la théorie de la jurisprudence se voyait attaquée de toutes parts, en thèse générale. Aussi tempéra-t-elle la rigueur de ses décisions, et corrigea-t-elle leur inconséquence, dès que l'occasion s'en présenta. En droit interne, un arrêt de la Cour de Cassation du 26 juillet 1893 (D. P. 1894. 1. 61), déclara que la nullité d'une clause compromissoire, fondée sur l'article 1006 Procéd. Civ. n'était pas d'ordre public. En droit international, on peut tirer la même conclusion, avec quelque restriction cependant, d'un arrêt de la Cour de Pau du 8 juin 1891 (D. P. 1892. 2. 91). Un autre arrêt, de la Cour de Paris, 7 décembre 1893 (D. P. 1895. 2. 45) admit le principe d'une façon générale. On en peut inférer : Est valable et licite, la stipulation des statuts d'une société étrangère, en vertu de laquelle toutes les stipulations qui peuvent s'élever sur leur exécution, sont soumises à la juridiction du tribunal du siège de la société ; en conséquence, le français, actionnaire de cette société, ayant par le fait de sa souscription ou de son achat d'actions, adhéré

aux statuts, ne peut décliner la compétence du tribunal étranger.

*
* *

Recherche de l'intention des parties (1). — Parallèlement au système de la nullité de la clause, s'était édifiée une autre opinion, dans laquelle la jurisprudence, escamotant la discussion relative à la valeur juridique de la clause compromissoire, applique la règle « *locus regit actum* ». De là, infailliblement, plusieurs distinctions : L'acte a-t-il été passé en France ? a-t-il été passé à l'étranger ? La règle s'applique-t-elle seulement à la forme, ou encore au fond même de l'acte ? Quelle a été l'intention des parties en souscrivant une telle clause ? M. Weiss (2) pose ces questions d'une façon plus précise : En souscrivant une clause compromissoire qui prévoit la constitution d'un arbitrage en France, des étrangers ont-ils accepté

(1) V. Cassation, 21 novembre 1860. D. P. 1861. 1. 166. — Paris, 11 janvier 1865. S. 1866. 2. 147. — Chambéry, 1er décembre 1866. D. P. 1866. 2. 246. — Dijon, 19 mars 1868. S. 1868. 2. 333. — Nantes, 29 août 1877. D. P. 1880. 2. 52. — Rennes, 26 décembre 1879. S. 1881. 2. 81. — Seine, 30 janvier 1892. C. 1892. 433. — Paris, Jugement 15 juin 1899, arrêt 18 mai 1901. C. 1901. 575. — Paris, 12 décembre 1893. S. 1895. 2. 299.

(2) Weiss. *Manuel de Droit International Privé*, 1898, p. 595, 618, 620.

la compétence des tribunaux français ? En souscrivant une clause qui prévoit la constitution d'un arbitrage à l'étranger, des français renoncent-ils, et renoncent-ils de façon suffisamment valable, au privilège de l'article 14 C. Civ., et plus généralement, au bénéfice de la juridiction française ?

Aucun accord dans la jurisprudence. Sur chaque point, les réponses sont contradictoires.

1° — Il a été jugé que des étrangers, ayant souscrit une clause compromissoire prévoyant la constitution d'un arbitrage en France, ont accepté la compétence des tribunaux français, alors même que la clause ne produit pas d'effet, puisqu'elle est annulée comme contraire à l'article 1006 Procéd. Civ.

A propos d'un procès entre un américain et la *Société Espagnole des Mines de Bédar*, — la société étant assignée devant le Tribunal Civil de la Seine, et opposant l'exception d'incompétence — jugement du 30 janvier 1892, qui repousse selon les motifs suivants : « Attendu, qu'aux termes de la convention... les parties se sont engagées à soumettre les différends qui s'élèveront entre elles sur l'exécution du traité..., à des arbitres amiables compositeurs, qui se réuniront à Paris... ; attendu que, si cette clause ne comporte pas un compromis valable et obligatoire pour les parties..., elle implique du moins la volonté de renoncer à la juridiction des tribunaux nationaux, et de soumettre leurs différends à la juridiction française... »

Sur un différend entre une société suisse et une société anglaise, relatif à un contrat passé par des

succursales françaises de ces sociétés, le Tribunal de Commerce de la Seine (15 juin 1899), puis la Cour de Paris (18 mai 1901), admettent leur compétence : « Attendu, dit le tribunal, qu'il a été stipulé à la convention que, dans le cas où une difficulté s'élèverait sur l'exécution du contrat, les parties auraient recours à M. le Président du Tribunal de Commerce de Paris, pour la fixation d'un arbitre amiable compositeur ; que si, à la vérité, ladite clause est nulle, l'on en peut cependant déduire, qu'à l'époque où les deux sociétés contractaient, il était bien dans leur commune intention de faire attribution de compétence au Tribunal de Commerce de la Seine... » Et la Cour confirme.

Voilà qui est bien établi : la clause compromissoire est nulle ; mais peu importe. La jurisprudence estime qu'il s'en dégage cependant l'intention évidente d'une attribution de juridiction aux tribunaux français ; et ce sentiment suffit pour qu'ils se déclarent compétents. (On peut noter en passant, avant de combattre cette opinion, que l'interprétation de l'intention des parties est légèrement fantaisiste, et que cette déduction serait probablement repoussée comme finale d'un syllogisme parfait).

Cependant, pour être équitable, il faut noter aussi qu'un arrêt de la Cour de Paris, du 12 décembre 1893 (S. 1895. 2. 299), avait jugé le contraire de ce que le Tribunal de la Seine avait jugé en 1892, et que la même Cour devait juger en 1901. Cette décision sait reconnaître qu'on ne pourrait trouver la preuve d'une acceptation de la juridiction française « dans la constitution d'un arbitrage composé de personnes apparte-

nant à la nationalité française, pouvant connaître des contestations à naître, et qu'il est indifférent que la convention ait été passée en France ».

II° — Dans une seconde série de décisions, on retrouve, pour la situation inverse, la même contradiction de la jurisprudence. Le français, souscrivant une clause compromissoire en vue d'un arbitrage à l'étranger, a-t-il renoncé à la compétence des tribunaux étrangers, ou au contraire, l'a-t-il acceptée ?

Le Tribunal Civil de Nantes, dans un jugement du 29 août 1877 (D. P. 1880. 2. 52) a estimé que, dans la pensée des parties, la souscription d'une telle clause était exclusive de la juridiction étrangère. Voici le sommaire de cette décision : La règle « *actor œquitur forum rei* » constitue la règle fondamentale en matière de compétence internationale ; par suite, le français défendeur, dans une contestation personnelle et mobilière, et spécialement, le français souscripteur d'actions dans une société étrangère, poursuivi en paiement du montant de ces actions, ne peut être assigné que devant le juge français de son domicile ; si un français peut renoncer au droit d'être jugé par le tribunal de son pays, cette renonciation doit être certaine et absolue ; elle ne saurait s'induire, même en matière de contestations sociales, soit de ce que la société aurait été constituée à l'étranger, soit de ce qu'une ville étrangère (Londres, en l'espèce), était le lieu du paiement des souscriptions ; et il en est surtout ainsi, lorsque les statuts de cette société, loin d'attribuer juridiction au juge étranger, portent, par une clause qui n'a

pas d'ailleurs reçu d'exécution, que les contestations sociales seront soumises à des arbitres.

Même théorie dans un arrêt de la Cour de Rennes, du 26 décembre 1879 (S. 1881. 2. 81) ; — et dans un arrêt de la Cour de Pau : « L'acte de société... dénote que, dans l'intention des parties, des arbitres devaient trancher toutes contestations ; ce qui exclut l'intention d'attribuer compétence aux juges de Madrid... » (*loc. cit.*)

Au contraire, d'autres décisions ont admis qu'une clause compromissoire, quand l'arbitrage est soumis aux dispositions d'une loi étrangère, vaut renonciation soit à la juridiction française, soit au bénéfice de l'article 14 C. Civ.

Parmi elles, un arrêt de la Cour de Chambéry, du 1er décembre 1866 (D. P. 1866. 2. 246), dispose : « Attendu qu'on peut toujours renoncer au bénéfice de l'article 14 C. Civ... ; que B... y a doublement renoncé, d'abord par la clause compromissoire contenue en l'article 39 (des statuts de la société), ensuite en se reconnaissant justiciable des tribunaux étrangers ;... que bien que la clause compromissoire soit nulle..., en vertu de l'article 1006 Procéd. Civ., on ne peut admettre qu'une semblable clause soit sans valeur sous l'empire du Code de Commerce italien... ; que dans tous les cas, la clause dont s'agit vaut comme renonciation à profiter de l'article 14 C. Civ., toutes les fois qu'on a formellement accepté une juridiction étrangère... »

La Cour de Dijon suivit cette opinion (arrêt du 19 mars 1868, S. 1868. 2. 333). Et ces deux décisions ne furent que la reproduction d'un arrêt de la Cour de Paris, du 11 janvier 1865 (S. 1866. 2. 147) : « le fran-

çais renonce au droit que lui confère l'article 14 C. Civ., notamment, lorsque dans une convention par lui passée en pays étranger avec un étranger, il accepte la stipulation que les difficultés, auxquelles cette convention pourra donner lieu, seront portées devant un tribunal arbitral constitué dans le lieu même du contrat. En un tel cas, le français ne peut prétendre que la clause compromissoire est sans effet, comme renfermant un compromis nul, aux termes de l'article 1006 Procéd. Civ. ; en acceptant la juridiction étrangère, il s'est par là même soumis aux règles de la procédure appartenant à cette juridiction. »

La règle « *locus regit actum* » porte bien en elle-même la présomption de sa justesse ; mais elle n'est pas suffisante comme argument. Elle s'applique seulement à la forme des actes, et tout ce qui touche à leur validité intrinsèque est soumis à d'autres principes. Aussi cette règle doit être écartée toutes les fois que les parties ont manifesté l'intention expresse ou tacite d'assujettir leurs conventions à une autre loi. C'est ce que la jurisprudence a voulu faire ; mais cette recherche, telle qu'elle l'a conduite, soit avec une faveur exagérée pour les nationaux français, soit avec son obsession de voir partout des clauses compromissoires, l'a amenée à un raisonnement inexact.

La théorie de la jurisprudence a la plus grande analogie avec celle exprimée et soutenue par M. Lyon-Caen (1), qui a envisagé la question au seul point de

(1) Lyon-Caen. *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, 1870, p. 109, nos 57 et sq.

vue des sociétés, lorsqu'un français a souscrit une clause compromissoire en vue d'un arbitrage à constituer à l'étranger. M. Lyon-Caen estime que, dans tous les cas, il est préférable de reconnaître la validité de la clause compromissoire, même lorsque la loi en vigueur dans le pays où sa souscription a eu lieu ne la consacrerait pas. La clause compromissoire a, en effet, dit-il, deux buts différents, et doit s'analyser en deux éléments distincts ; elle contient : 1°) une renonciation au privilège de l'article 14 C. Civ., renonciation qui est valable, et qui tend nécessairement à écarter la compétence des tribunaux français ; 2°) une convention d'arbitrage pour des contestations futures, qui tend à attribuer compétence à des arbitres étrangers. La première partie de la clause est donc valable, et, par suite, il ne servirait à rien de prononcer la nullité de la deuxième partie, les tribunaux étrangers saisis de l'affaire, devant renvoyer aux arbitres, si leur loi l'autorise.

Ce que M. Lyon-Caen disait pour les sociétés, une jurisprudence l'a pris comme règle, généralisé et appliqué à toutes les clauses compromissoires. Les décisions qui la constituent, ou bien n'examinent pas si les clauses compromissoires sont juridiquement valables, ou bien les affublant d'un caractère inexact passent à côté de la question, ou bien encore reconnaissent leur nullité ; mais, dans tous les cas elles n'hésitent pas à en tirer diverses conséquences, interprétant à faux l'intention des parties, pour ne pas dire, le plus souvent, contrairement à cette intention.

Du fait qu'un américain et un espagnol (Jugement

Trib. Seine, 30 janvier 1892, *loc. cit.*), ont visé dans leur traité, pour le règlement de leurs difficultés éventuelles, la constitution d'un arbitrage à Paris, on peut bien déduire qu'ils ont voulu renoncer à la juridiction, soit des tribunaux américains, soit des tribunaux espagnols ; mais peut-on dire, qu'ils ont voulu, par là, soumettre leurs différends à la juridiction française ? Pas le moins du monde ; et c'est, semble-t-il, contraire à leur intention. Et parce que des suisses et des anglais (Jugement Trib. Com. Seine, 15 juin 1899 ; arrêt Paris, 18 mai 1901, *loc. cit.*), ont déféré le choix de l'arbitre chargé de les juger, au Président du Tribunal de Commerce de la Seine, voulant s'adresser par là à un homme compétent et leur inspirant confiance, s'ensuit-il que leur intention était de soumettre leurs litiges à tout le Tribunal de Commerce, et par suite à tous les degrés, à toute la hiérarchie de la juridiction française ? En vérité, on ne peut bâtir un raisonnement plus illogique !

Deux objections sérieuses le réduisent à néant. Si l'acte est nul, pourquoi en tenir compte, en faire la base d'une décision, y rechercher une intention, en déduire une conséquence ? Si l'acte est valable, pourquoi y rechercher seulement, si l'intention des parties qui l'ont signé était de se soumettre ou de se soustraire, à telle ou telle juridiction ?

La clause compromissoire est exclusive de toute juridiction, quelle qu'elle soit : c'est tout ce qu'elle révèle. Les tribunaux, devant qui elle est invoquée, doivent statuer, en dehors d'elle, en dehors de sa valeur juridique, en dehors de ses conséquences, sur leur pro-

pre incompétence. La renonciation à telle juridiction, le choix de tel tribunal résulte, dépend de la validité de la clause, et celle-ci, il faut l'apprécier *en soi* ; et si elle est valable, il faut, de toute nécessité, inéluctablement, qu'elle produise tous ses effets. (Chausse. Note sous : Paris, 9 mars 1887, *Annales de Droit Commercial*, 1886-1887, Jurisp., p. 142. — Surville et Arthuys *Cours élémentaire de droit international privé*, p. 530. — Vincent et Penaud. *Dictionnaire de Droit International Public*. — Cohendy. Note sous Paris, 9 mars 1887, D. P. 1888. 2. 49).

*
* *

Opinion de la validité (1). — Les décisions qui composent le troisième système de la jurisprudence sur cette question, système qui est aussi le plus généralement adopté, à l'heure actuelle, admettent, tacitement ou expressément, la validité de la clause compromissoire.

Les tribunaux se sont servis, à cet effet, de deux procédés : 1°) certains jugements ou arrêts, sur l'ex-

(1) V. Trib. Com. Lille, 5 juillet 1886. *Rev. Intern. Dr. Marit.*, 1886-1887, p. 159. — Trib. Com. Seine, 21 février 1887. C. 1887. 478. — Paris, 9 mars 1887. D. P. 1888. 2. 51. — Cassation, 13 mars 1889. D. P. 1889. 1. 420. — Marseille, 6 août 1891. C. 1892. 647. — Paris, 2 mars 1892. S. 1896. 2. 37. — Cassation, 26 juillet 1893. S. 1894. 1. 215. — Cassation, 7 décembre 1893. D. P. 1895. 2. 45. — Paris, 10 avril 1894. C. 1894. 878. — Paris, 29 mai 1897 et Cassation, 17 juillet 1899. D. P. 1904. 1. 215. — Douai, 7 août 1902. D. P. 1904. 1. 371. — Cassation, 21 juin 1904. D. P. 1906. 1. 395. — Poitiers, 28 octobre 1907. *Rev. Intern. Dr. Marit.*, 1908, p. 222. — Alger, 26 décembre 1907. S. 1909. 2. 163. — Rouen, 6 mai 1908. *Rev. Dr. Intern. Privé*, 1909, p. 278.

ception d'incompétence tirée de la clause compromissoire, déclarent cette incompétence et reconnaissent, par suite, la légitimité de la clause ; 2°) d'autres, et les plus nombreux, admettent franchement, expressément cette validité, en se fondant sur deux arguments, presque deux principes, tant ils sont plus logiques que toutes les distinctions jusqu'alors proposées, tant ils paraissent désormais bien établis : il est, d'abord, unanimement reconnu, que la prohibition de la clause compromissoire n'est pas d'ordre public, en France ; ensuite, si un pacte de cette nature est régi par une loi étrangère qui en reconnaît la validité, il doit aussi être considéré comme valable en France.

Notons les décisions les plus intéressantes, et les faits sur lesquels elles intervinrent.

A la date du 4 février 1882, se constituait à Paris, par acte sous-seing privé, entre trois sujets colombiens, les sieurs Julio et Pedro Ospina, négociants, à Médellin (Etats-Unis de Colombie) et le sieur José Ribon, domicilié à Paris, une société en commandite simple dénommée « Société Ospina et C^ie^ », ayant pour objet une industrie métallurgique ; son siège social et son centre d'exploitation étant situés en Colombie. Au moment où la société allait prendre fin par l'échéance du terme, de graves dissentiments surgirent entre les sieurs Ospina et la dame Ribon, représentant son mari prédécédé. La dame Ribon reprochait à ceux-ci d'avoir violé un article des statuts qui leur interdisait de s'intéresser dans aucune entreprise étrangère à la société ; n'ayant pu obtenir réparation à l'amiable pour le préjudice qu'elle affirmait avoir subi de ce chef, elle

entendit se prévaloir de la clause compromissoire formant l'article 21 du pacte social, ainsi conçu : « En cas de difficultés sur ou à l'occasion des présentes, les parties s'engagent à se faire juger en France ; en outre, d'honneur, elles s'engagent à soumettre toutes leurs contestations à un tribunal d'arbitres institué à Paris, ou qui sera institué pour chaque cas spécial, composé de deux personnes nommées l'une par M. Ribon, l'autre, par MM. Ospina, lesquelles s'en adjoindront une troisième, soit choisie par elles-mêmes, ou par accord des associés, pour les départager ; en cas de nécessité de nomination ou de remplacement d'un des arbitres ou tiers-arbitre, il y sera procédé à la requête de la partie la plus diligente, par le Consul des Etats-Unis de Colombie à Paris, ou par le Président du Tribunal de Commerce de la Seine ; lorsque M. Ribon le préfèrera, le tribunal arbitral sera institué à Médellin, etc... » La dame Ribon, en conformité de cette clause, désigna son arbitre, et, en présence du refus des sieurs Ospina de désigner de leur côté un arbitre, s'adressa au consul de Colombie à Paris, pour qu'il procédât lui-même, à leur défaut, à cette désignation. Le tribunal arbitral ainsi composé, à Paris, s'y constitua, le 30 mars 1892, et déposa sa sentence au consulat, le 21 décembre de la même année.

Mais un an après environ, le 16 décembre 1893, les sieurs Ospina assignèrent la dame Ribon devant le Tribunal de Commerce de la Seine à fin d'annulation de la sentence. Cette demande fut rejetée comme mal fondée par jugement du 13 juin 1894 ; — Sur l'appel interjeté par les sieurs Ospina, la Cour de Paris con-

firma, le 29 mars 1897. Pourvoi en Cassation par les appelants,pour violation des articles 1005, 1006, 1007, 1009 et 1020 Procéd. Civ., et pour violation de la règle « *locus regit actum* ». Le pourvoi fut rejeté par la Chambre des Requêtes, le 17 juillet 1899 (D. P. 1904. 1. 225 et la note de M. Pic, approuvant la décision).

Affaire Hutchinson. Paris, 2 mars 1892 (S. 1896. 2. 37). M. Hutchinson, français, ancien administrateur de la société anglaise *The South African Commercial Agency*, siège social à Londres, a actionné devant le Tribunal Civil de la Seine, cette société, en paiement de 95.000 francs pour réparation du préjudice à lui causé par la révocation arbitraire dont il avait été l'objet de la part de la société. Celle-ci soutient en barre l'incompétence des tribunaux français, en se fondant, entr'autres motifs, sur ce que, aux termes des statuts, toute contestation entre la société et ses membres, relative aux actes sociaux, devait être soumise à deux arbitres. Le tribunal, considérant que la clause compromissoire n'est pas prohibée en Angleterre, et que dès lors, Hutchinson peut obtenir justice devant la juridiction de son choix, accueille l'exception soulevée par la *South African Commercial Agency*, et par son jugement du 20 décembre 1890, se déclare incompétent. Appel par M. Hutchinson. Arrêt : La Cour ; — Considérant que les statuts de la société... contiennent une clause compromissoire... ; considérant que les lois anglaises du 11 avril 1854, et du 26 août 1889 reconnaissent la validité de la clause compromissoire... ; ... que ces lois ne contiennent pas la même disposition que l'article 1006 Procéd. Civ. français,

dont les exigences, relativement à la désignation des arbitres, ne peuvent être, par suite, étendues à une espèce régie par la loi anglaise... ; Par ces Motifs, confirme. » — La Cour d'Alger (26 décembre 1907, S. 1909. 2. 163), décida la même chose dans une affaire où il s'agissait aussi d'un contrat passé à Londres, entre français et anglais, et contenant une clause compromissoire.

Enfin, nous ne saurions passer sous silence un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 1904 (D. P. 1906. 1. 395. — S. 1906. 1. 22), qui prononce bien dans le même sens que les précédents cités, mais dans des circonstances de droit assez bizarres. Il s'agissait d'une clause compromissoire passée en Belgique, où, nous l'avons déjà vu, elle est déclarée valable par application de l'article 1006 du Code de Procédure Civile belge, textuellement identique à notre code national ; c'est sur ce même article que la jurisprudence française se fonde pour annuler la clause compromissoire. Et ainsi la situation n'est point banale et ne manque pas de piquant : la jurisprudence française déclare nulles, les clauses compromissoires françaises, parce que les conditions de l'article 1006 ne sont pas remplies ; et la même jurisprudence déclare valables les clauses compromissoires belges, qui ne remplissent pas les mêmes conditions. On ne peut pas trouver une conséquence d'un système absurde, qui le condamne mieux que ne le fait celle-ci.

Encore que nous ayons vu les décisions les plus nombreuses et les plus récentes, affermies dans le sens de la validité de la clause compromissoire en droit inter-

national privé, quand la loi du pays où elle s'appuie, l'autorise ou ne la proscrit pas, il y a cependant des hésitations, des décisions contradictoires, un manque complet d'homogénéité dans l'ensemble de la jurisprudence. Pour que la correspondance soit parfaite entre l'application de la loi française, et celle des lois étrangères, une seule chose est à établir, la validité en France, entre français, de la clause compromissoire, au sens le plus général de l'expression.

SECTION II

Droit International Public

La pratique de l'arbitrage n'est pas particulière au droit privé ; elle ne s'applique pas seulement aux rapports qui existent entre les citoyens d'un même pays, ou bien entre les nationaux de divers états. Elle est aussi en usage, dans les relations de peuples à peuples, pour le règlement pacifique des conflits qui peuvent surgir entre eux.

Cet arbitrage international public n'a pas les mêmes caractères que l'arbitrage privé. En droit privé, l'arbitrage tend à remplacer une juridiction par une autre. En droit public, il devient une juridiction nouvelle, créée de toutes pièces.

Mais c'est toujours une justice, et l'arbitrage est, en cela, supérieur aux bons offices et à la médiation, qui lui servent un peu de satellites ; les bons offices n'ont qu'un caractère officieux ; la médiation quoiqu'officielle, ne se compose que de simples conseils ; tous deux sont solutions diplomatiques. L'arbitrage, lui, est une solution juridique.

L'histoire de l'arbitrage international public est aussi ancienne que celle de l'arbitrage privé : les phases successives de son établissement, ses applications, ses règles, ses progrès, tout cela est plus captivant encore par l'importance des intérêts qui y furent constamment agités. Selon les civilisations, selon la politique des gouvernements, l'arbitrage public international fut soumis, comme l'autre, a des influences variées qui marquent et expliquent ses périodes de faveur ou d'éclipse.

Si l'on remonte à la plus haute antiquité, de même qu'en droit privé l'individu lésé se rendait à lui-même une justice brutale et corporelle, « la seule relation internationale est la guerre ». On retrouve bien, chez certains peuples de l'Orient, plusieurs traités qui ont quelque analogie avec les traités permanents d'arbitrage ; ils les font pressentir : mais aucune règle ne préside à ces rapports, ils sont plutôt des obligations que les peuples vainqueurs imposent aux peuples vaincus, à la suite d'une conquête.

On peut trouver chez les Grecs, — mais entre les seuls peuples de la Grèce, — certaines applications de l'arbitrage. Les Amphictyons jugeaient les querelles entre les peuples helléniques, et des sanctions étaient

attachées à ces sentences (1). La première notion de la clause compromissoire y apparaît : dans son *His-*

(1) L'Amphictionie était une association de peuples habitant autour d'un même sanctuaire et réunis par la communauté d'origine ou d'intérêts.

Elle avait ses réunions périodiques dans des temples. La plus célèbre tenait ses assemblées deux fois par an, l'une aux Thermopyles, à Anthela, près du sanctuaire de Déméter, l'autre à Delphes, près du temple d'Apollon Pythien. — Elle se composait de douze peuples helléniques : Thessaliens, Phocidiens, Doriens, Soniens, Béotiens, Achéens Phtiotes, Maliens, Octéens, Perhhèdes et Dolopes, Magnétes, Aenianes, Locriens. Chaque peuple avait deux voix, attribuées à des villes différentes. Il envoyait deux sortes de députés, d'amphictyons : les hiéromnémons, sortes de prêtres, et les pylagores. L'assemblée rendait des décrets et faisait frapper une monnaie. Son rôle était de délibérer sur les intérêts communs, et d'exercer en commun l'intendance du temple de Delphes. De plus, on lui remettait le jugement des querelles que les villes avaient entre elles. Pour sanctionner ces jugements les villes s'engageaient « à ne détruire aucune des villes amphictioniques, à n'intercepter les eaux potables ni dans la guerre, ni dans la paix ; et si quelque peuple enfreignait cette loi, à marcher contre lui et à détruire ses villes ; si quelqu'un pillait les richesses du dieu, ou se rendait complice en quelque manière de ceux qui toucheraient aux choses sacrées, ou les aidait de ses conseils, à le poursuivre avec le pied, la main, la voix, de toute leur force. »

Ainsi l'assemblée amphictionique émettait des lois relatives au droit des gens. Elle constituait une sorte de Cour premanente d'arbitrage. L'habitude se prit quelque temps en effet, de lui soumettre tous les différends entre les villes. Ainsi les Messéniens et les Spartiates portent leur débat devant l'amphictionie d'Argos (Pausanias. IV-5. 1). Cet état de choses dura jusqu'à ce que certains membres de l'assemblée, devenus plus forts, se furent affranchis de ces lois (Sparte). — V. Daremberg et Saglio. *Dictionnaire des Antiquités*, V° *Amphictionie.*

toire du Péloponnèse, Thucydide rapporte qu'un traité d'alliance, pour une durée de cinquante années, fut conclu entre Argos et Lacédémone, et les différends qui pourraient s'élever entre les deux villes devaient être soumis à l'arbitrage d'une ville neutre. Une autre application de la convention anticipée d'arbitrage, se trouve dans cette trève de trente ans, signée par Périclès avec Sparte (444 av. J.-C.) : on y décida de trancher tous les litiges éventuels par la voie de l'arbitrage.

Dans la « Paix Romaine », dans cette lourde unité de l'empire, l'arbitrage international perd tous ses caractères ; il n'a plus d'objet. Les peuples ne sont plus rivaux, ils sont tous sujets, et entre eux, sont arbitres le Sénat et l'Empereur.

L'arbitrage international fut florissant au Moyen-Age, sous l'influence chrétienne, et par conséquent pacifiste, qui présidait aux destinées des nations. A l'envi l'Empire et la Papauté le favorisèrent. Au XIII[e] siècle, en Italie seulement, on compte plus de cent cas d'arbitrage menés à bien. La clause compromissoire est usitée ; elle est notamment insérée dans le traité conclu en 1238, entre Gênes et Venise : les deux villes s'en rapportent à l'arbitrage du Souverain Pontife, pour les difficultés qu'elles pourront avoir entre elles. On la trouve aussi dans le traité conclu en 1291 entre certains cantons de la Suisse. On la trouve encore dans l'Union des Villes Hanséatiques, Lubeck et Hambourg, en 1210 ; union renouvelée et étendue en 1241 ; qui compte 52 villes en 1360, et 80 au quinzième siècle, époque de son apogée. A côté de ces cas d'arbi-

trage permanent, les cas d'arbitrage isolé étaient fréquents ; on en pourrait citer des quantités : le pape, un roi, un parlement, un simple particulier, furent souvent choisis pour arbitres dans les démêlés de divers états (1).

La pratique de l'arbitrage international alla ensuite

(1) Les historiens et les juristes ont rapporté et enregistré de nombreuses sentences de ce genre.

Ce sont celles de janvier 1263 et de septembre 1268, rendues par Saint-Louis, au sujet des difficultés entre le roi d'Angleterre et ses barons, ou sur une contestation entre le comte de Luxembourg et celui de Bar.

Philippe le Bel et Richard, roi d'Angleterre, prirent, en 1298, le pape Boniface VIII pour arbitre. — En 1319, le pape Jean XXII, fut choisi aussi pour arbitre entre le roi Philippe le Long et les Flamands. — En 1475, Charles VII et Edouard, roi d'Angleterre, compromirent, sous peine de 3.000.000 d'écus, devant quatre arbitres nommés et accordés pour terminer tous leurs différends dans trois ans, avec pouvoir d'en subroger d'autres en place de ceux qui décèderaient. — Louis XII fut nommé seul arbitre par les ducs de Gueldres et de Julien.

En 1244, l'empereur Frédéric II choisit le Parlement de Paris, au sujet de ses disputes avec le pape Innocent IV, alors en France. — Chopin (*Du Domaine*, livre 2, titre 15, n° 9), mentionne d'autres exemples de rois et princes étrangers qui n'ont voulu « avoir d'autres juges que le Parlement de France, comme très saint et très équitable» Le Parlement de Grenoble fut choisi, sous François Ier, pour juger les prétentions de deux princes sur une terre du Milanais ; il rendit aussi en 1613 et 1614, deux célèbres arrêts dans un arbitrage dont il avait été chargé par les archiducs d'Autriche et le duc de Wurtemberg, au sujet de leurs différends sur le Comté de Montbéliard. — En 1570, Jean Bégat, Conseiller au Parlement de Dijon, fut désigné par le roi d'Espagne et les Suisses, pour décider leurs différends sur les limites de la Franche-Comté.

(D'après Dalloz .J. G. V° *Arbitrage*, n. 14 et 16.

en diminuant, et disparut presque totalement depuis la Renaissance jusqu'au XIX^e siècle. C'est l'ère des monarchies absolues, sous l'influence romaine ressuscitée. Toutefois, durant cette période, des théoriciens mirent en avant certains projets d'organisation internationale, plus ou moins chimériques ou irréalisables, mais qui préparèrent pour plus tard la restauration de l'arbitrage, et l'épanouissement de cette institution dont le XIX^e siècle et les premières années du XX^e siècle furent les témoins (1).

Le principe de la juridiction arbitrale permanente et de la clause compromissoire entre états, a fait l'objet dans le grand public et les parlements de toutes

---

(1) Parmi ces projets internationaux, on peut citer. comme les plus marquants :

Le plan attribué à Henri IV, d'un caractère plus politique que juridique, et qui consistait dans le partage de l'Europe en 15 états, égaux en force et en étendue, dans la constitution d'un conseil de 60 personnes chargé de juger leurs différends, et dans l'institution d'une force commune pour assurer l'exécution des sentences rendues (*Economies royales*, de Sully, ch. XIX, tome VII, p. 298 et sq. ; tome VIII, p. 253 et sq.).

Le projet de paix perpétuelle de l'abbé de Saint-Pierre, (projet publié pour la première fois en 1713, et abrégé en 1729. Cf. De Molinari : « *L'Abbé de Saint-Pierre, sa vie et ses œuvres*) ; on s'en moqua beaucoup ; mais, dès 1625, Grotius, le Père du Droit des Gens, n'avait-il pas déjà, constatant les maux de la guerre, recommandé l'arbitrage et proclamé la nécessité d'instituer un conseil des puissances chrétiennes pour juger leurs litiges ? (Grotius. *Le Droit de la Guerre et de la Paix*. Trad. Barbeyrac, I, p. 85).

En 1671, Rousseau reprit le projet de l'abbé, en lui donnant une forme personnelle : création d'une confédération des puissances européennes, avec un pouvoir lé-

les nations, d'une propagande active, et, pour employer un mot du jour, d'une « vulgarisation » très intense. De nombreux publicistes le voient avec faveur ; des hommes d'état en conseillent l'usage, en patronnent le développement ; les jurisconsultes s'y rattachent, revenant sur leur opinion première qui doutait d'une telle extension du pacte compromissoire ; l'opinion publique en accueille franchement et cordialement l'idée. La presse a semé à tous vents ces sentiments. Ils ont trouvé leur expression dans les propositions que les représentants de la population, dans les divers pays, ont déposées à la tribune de leurs parlements. Et la diplomatie a fait entrer cette juridiction dans sa pratique.

La guerre est parfois inévitable ; c'est un mal nécessaire, et que l'on ne guérira probablement jamais ; mais c'est un mal, et si l'institution de l'arbitrage permanent, loyalement accepté dans son principe, pouvait être aussi loyalement respecté dans ses conséquences, elle engendrerait des résultats heureux, et rendrait les services les plus éminents.

---

gislatif suprême, un tribunal et un pouvoir coercitif... (Wheaton. *Histoire du Progrès du Droit des Gens*, I, p. 327 et sq.).

Vers la fin du XVIII[e] siècle, Kant en Allemagne, et Bentham en Angleterre, méditent des projets de paix perpétuelle, remarqués au point de vue théorique : Kant propose la constitution républicaine de chaque état, puis une Fédération d'états libres, et l'hospitalité universelle ; Bentham préconise l'établissement d'une Diète, formé de députés de chaque état (deux par état).

(D'après Langlade : *De la clause compromissoire et des traités d'arbitrage permanent dans le droit international moderne.* Paris, 1899).

*
* *

Au surplus, l'arbitrage international public a reçu, au cours du XIXe siècle, des applications assez nombreuses (1). Leur progression constante, significative

(1) — 1°) Entre les années 1794 et 1900, on a relevé 177 cas d'arbitrage, qui se répartissent chronologiquement, de la manière suivante : 4 de 1794 à 1800; — 11 de 1811 à 1820; — 8 de 1821 à 1840 ; — 20 de 1841 à 1860 ; — 44 de 1861 à 1880 ; — 90 de 1881 à 1900. De tels chiffres parlent d'eux-mêmes et dispensent de tout commentaire.

2°) De tous ces arbitrages, le plus connu, — et aussi celui qui a exercé l'influence la plus considérable sur l'avenir de l'institution, — est celui de l'*Alabama*, entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique : durant la guerre de Sécession, les confédérés du sud firent armer et équiper dans les ports anglais plusieurs navires, entr'autres *L'Alabama*. Les fédéraux considérèrent ce fait comme une violation de la neutralité, et, la guerre terminée, le gouvernement des Etats-Unis, en demanda réparation au gouvernement anglais. Cette demande n'ayant pas été accueillie, il en résulta un conflit que les deux états convinrent de trancher par voie d'arbitrage. Par un accord signé à Washington, le 8 mai 1871, les parties, après avoir posé certains principes concernant les devoirs de la neutralité, s'en rapportèrent, pour la question de responsabilité, à un tribunal arbitral composé de cinq membres désignés par l'Angleterre, les Etats-Unis, le roi d'Italie, le Président de la Confédération suisse et l'empereur du Brésil. La sentence fut rendue à Genève, le 14 septembre 1872. La Grande-Bretagne, reconnue responsable, fut condamnée à payer aux Etats-Unis une somme de 15.500.000 dollars. (D'après Dalloz. *Nouveau Répert. Alph.* V° *Arbitrage international*, n°s 8 et sq.).

de la faveur dont on entoure ce mode de règlement des conflits, a amené les grandes nations à s'occuper de la question dans de grandes réunions internationales de leurs représentants. A partir de 1889, des Congrès Universels de la Paix ont eu lieu dans les diverses capitales des Deux-Mondes : leur programme était l'étude de l'arbitrage international sous toutes ses formes, et dans toutes les applications que peut recevoir son principe, et l'étude des traités d'arbitrage permanent — c'est-à-dire de l'emploi de la clause compromissoire — entre deux ou plusieurs peuples (1).

Mais c'est la réunion de la première Conférence de la Paix, à La Haye, en 1899, qui a marqué le début d'une ère nouvelle, — en théorie tout au moins, — pour l'arbitrage international ; et qui, sous des réserves que les événements justifient chaque jour davan-

---

(1) Avant ces congrès, certains projets furent mis au jour pendant le XIXe siècle, faisant suite à ceux rapportés plus haut de Kant, Bentham, Rousseau, l'abbé de Saint-Pierre, Grotius, etc... On peut notamment citer : la proposition de désarmement que fit en 1816 le Régent d'Angleterre ; et celle présentée par Colden en 1849, qui fut approuvée par Lord Palmerston. En 1863, Napoléon III, voulait réunir un Congrès européen pour réaliser une réduction des armements.

Le premier Congrès Universel de la Paix, se tint à Paris en 1889. Ils se réunirent ensuite à Londres, en 1890 ; — à Rome, en 1891 ; — à Berne, en 1892 ; — à Chicago, en 1893 ; — à Anvers, en 1894 ; — à Budapesth, en 1896 ; — à Hambourg, en 1897.

tage, paraît être à même de produire certains résultats appréciables (1).

En 1899, la Conférence de La Haye ne devait pas primitivement s'occuper de l'arbitrage. Mais la question fut mise à l'ordre du jour par la Russie, qui avait pris l'initiative de la réunion. Elle ne fut point résolue. L'arbitrage obligatoire ne fut pas admis : il demeura facultatif dans tous les cas. Dans la convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (titre 4), fruit des travaux de cette haute assemblée, on s'occupa de la justice arbitrale en général, et on posa certaines règles relatives à la Cour permanente d'arbitrage, et à la procédure à y suivre. Mais, les puissances signataires de la convention n'ont aucune obligation.

La deuxième Conférence de La Haye (juin-octobre 1907), a fait dans son programme une place très im-

(1) Il est à remarquer que c'est la Russie qui a pris l'initiative de la première réunion en 1899 ; comme elle prit l'initiative de la deuxième, en 1907. La Russie aurait voulu aboutir, dès la première conférence, à faire poser le principe de l'arbitrage obligatoire, qui ne fut admis, dans une certaine mesure seulement, qu'en 1907. Or, entre les deux conférences, se place la guerre Russo-Japonaise. La Russie pressentait-elle ce conflit qu'elle eut voulu dénouer autrement que par une guerre ? Est-ce simplment une ironie des événements ?

Entre les deux premières conférences se place aussi la guerre Anglo-Transvalienne. Cette boutade d'une personnalité dont le nom nous échappe, qui disait que la réunion d'une Conférence de la Paix était infailliblement le signe avant-coureur d'une guerre, cette boutade serait-elle si proche de la réalité ? Le paradoxe perd ses caractères, si l'on note ce qui s'est passé entre les deux premières conférences, et après celle de 1907.

portante à la question du règlement arbitral des conflits internationaux. Des résultats qui paraissent importants, des résultats ont été obtenus. Le principe de l'arbitrage obligatoire, combattu et repoussé en 1899, est admis à l'unanimité. Mais les divergences d'opinion portent sur l'application du principe. Trente-deux puissances sur quarante-quatre (et parmi les réfractaires ne se trouvent pas que les plus faibles) (1), se déclarent prêts à conclure une traité général par lequel leurs gouvernements s'engageront à soumettre à l'arbitrage : 1°) sans restriction aucune, une catégorie de litiges déterminés ; 2°) moyennant certaines restrictions, tous les autres conflits (2). La minorité ne s'est pas, paraît-il, déclarée irréductible, mais elle a réclamé un délai pour étudier la question avant de s'engager.

La Conférence de 1907 a aussi voté un projet complet d'une convention relative à l'établissement d'une Cour permanente de justice arbitrale, composée de juges nommés pour douze ans, « représentant les divers systèmes juridiques du monde », et « chargés d'assurer la continuité de la jurisprudence arbitrale. » Il n'y a qu'un léger obstacle à son établissement : c'est qu'au-

(1) Parmi ces douze puissances réfractaires, on trouve : l'Allemagne, suivie par l'Autriche-Hongrie, la Belgique, la Roumanie, la Turquie, etc.

(2) Ces restrictions laissent la porte ouverte à toutes les transgressions. D'ailleurs, où pourrait-être la sanction de la violation de ces belles règles ? Il suffit en effet d'écrire : se rapporter à la querelle d'Agadir, et à la guerre italo-turque (1911).

cun accord n'a pu encore intervenir sur le mode de nomination de ces juges !

Enfin, la Conférence de 1907, a porté diverses modifications aux projets de 1899, relativement aux règles sur le fonctionnement des commissions d'enquête; sur l'amélioration de la procédure ordinaire des arbitrages, et la création d'une procédure sommaire simple, rapide et peu coûteuse, pour les litiges d'ordre technique et d'importance secondaire.

En résumé, tous les gouvernements admettent aujourd'hui que, « *sous des réserves générales plus ou moins restreintes* », leurs rapports normaux doivent tendre à se régler obligatoirement par le droit (1).

*
* *

L'arbitrage progressant au cours du XIX^e^ siècle, les conventions qui le rendaient obligatoire entre les états

(1) Malgré le caratère facultatif de la compétence de la Cour d'arbitrage de La Haye, quatre litiges lui furent déférés, entre la fin de la première Conférence de la Paix, et la réunion de la deuxième, en 1907 : affaire des fonds pieux de Californie (sentence du 14 octobre 1902) ; affaire des baux perpétuels du Japon (sentence du 22 mai 1905) ; affaire des dettes du Vénézuela (sentence du 22 février 1904) ; affaire des Boutres de Mascate (sentence du 8 août 1905). Après la Conférence de 1907, l'affaire des déserteurs de Casablanca a été aussi soumise à l'arbitrage de la Cour de La Haye (sentence du 22 mai 1909). De plus, la Cour se trouve actuellement saisie d'un litige pendant depuis des années entre la Russie et la Turquie : il s'agit d'une demande en paiement de dommages-intérêts moratoires, formulée par le gouvernement russe contre le gouvernement ottoman, pour le retard apporté par celui-ci à ré-

signataires devaient aussi progresser, par un enchaînement fatal. Aussi le nombre des clauses compromissoires insérées dans les traités a-t-il constamment augmenté. C'est ainsi que dix clauses furent souscrites de 1821 à 1840 ; 18 de 1841 à 1860 ; 29 de 1861 à 1880 ; et 79, de 1881 à 1900.

Les deux Conférences de la Paix ne firent qu'influencer ce progrès. Le premier traité d'arbitrage permanent, c'est-à-dire la première clause compromissoire, passée en conformité de l'article 19 de la Convention de La Haye de 1899, a été la convention franco-britannique du 14 octobre 1903. Depuis ce moment, et jusqu'à l'ouverture de la seconde Conférence, 52 autres traités ont été signés contenant la clause compro-

---

gler les sommes dues en vertu du traité passé à Constantinople, à la suite de la guerre russo-turque de 1878. Des indemnités avaient été en effet fixées pour les sujets et institutions russes établis en Turquie et qui avaient eu à souffrir de la guerre. Le gouvernement ottoman ayant échelonné ses paiements sur plusieurs années, la Russie, à différentes reprises, réclama des dommages à raison de ce retard. Les deux gouvernements n'ayant pu se mettre d'acord sur ce point, ont, à la suite de nombreuses conversations, décidé de faire trancher ce litige par le tribunal arbitral de La Haye. Surarbitre : M. Lardy, ministre plénipotentiaire de Suisse à Paris, assisté de deux délégués russes et de deux délégués ottomans. — Avocats : pour la Russie, Me Henri Fromageot ; pour la Turquie, MMes Clunet, Cruppi et André Hesse.

En dehors de ces cas déférés au nouvel organe international de justice arbitrale créé à La Haye, un assez grand nombre d'autres cas ont été soumis à des arbitres choisis comme par le passé. — Ex. : Incident de Hüll, réglé à Paris, en 1904.

missoire. De la clôture de la réunion de 1907 (octobre), jusqu'au mois de juillet 1908, quinze nouveaux traites d'arbitrage permanent sont intervenus, dont quatorze ont été passés par les Etats-Unis d'Amérique avec diverses puissances.

Ces clauses compromissoires appartiennent à des types divers ; dans le plus grand nombre de cas, on a adopté une rédaction identique ou analogue à celle du traité franco-anglais de 1903, c'est-à-dire que de nombreuses réserves sont introduites dans le texte. Ne sont soumis à l'obligation d'arbitrage que les « différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existant entre les hautes parties contractantes. » De plus, il faut que ces différends, « ne mettent en cause, ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance ou l'honneur des deux Etats contractants, et qu'ils ne touchent pas aux intérêts des tierces puissances ».

D'autres traités contiennent les mêmes réserves générales, tout en prenant soin de spécifier un certain nombre de cas dans lesquels ces réserves ne pourront être invoquées (Traité signé au Congrès américain de Mexico, le 29 janvier 1902 ; — Traité Suisse et Belgique, du 15 novembre 1904, etc...)

Enfin, certaines autres de ces conventions imposent aux puissances contractantes l'obligation d'arbitrage sans aucune réserve ni restriction. (Italie et Danemark, 16 décembre 1905, etc...)

*
* *

Malgré ces résultats, il est permis de se montrer un peu sceptique, sur les applications pratiques de ces

théories, et sur les suites de tous ces efforts si diplomatiques et peut-être si vains. En droit privé, l'arbitrage et la clause compromissoire ont des règles, et surtout des sanctions pour en assurer l'observation.

En droit international public, les règles peuvent se formuler, mais leur respect est difficile. Toujours, si la définition brutale, mais vraie, de la guerre est celle-ci : un ensemble d'actes d'hostilité et de belligérance, par lesquels l'une des parties cherche à démontrer à l'autre sa supériorité, pour pouvoir lui imposer sa volonté, — le droit ne compte pas, — toujours les peuples seront disposés à violer leurs engagements. Que deviennent ces engagements, ces belles promesses, ces cantiques pacifiques, quand un courant électrique d'une irrésistible puissance secoue des peuples entiers, les mettant à deux doigts d'une conflagration universelle sans précédent ? Malgré toutes les idées d'humanitarisme outré mises en avant, malgré les progrès de ce qu'il est convenu d'appeler « la civilisation », malgré tout, en matière de droit des gens, la Force prime le Droit, la Force dominera le Droit. L'approbation inévitable qu'on lui donne, ou qu'on lui donnera, même tacitement, consacre et imposera pour toujours la loi du plus puissant.

Il n'est cependant pas permis de ne pas souhaiter qu'on ne parvienne à une atténuation des conflits, à des solutions efficaces, pacifiques et bienfaisantes.

CONCLUSION

Nous avons établi la validité de la clause compromissoire. Nous l'avons fait, parce qu'il nous a paru juste de le faire, par respect pour la logique de nos lois, pour leur bonne interprétation, par respect pour les libertés dont elles proclament le principe et doivent assurer la jouissance.

La jurisprudence devrait abandonner une théorie qui, combattue et critiquée par tous, et en tous ses points, qui sont tous vulnérables, laisse éclater l'inanité du raisonnement qui la fonde, la fragilité des arguments qui la soutiennent. Il est regrettable qu'elle s'y cantonne, au contraire, avec une jalouse et vaine obstination ; et nous souhaitons que, ayant montré l'audace suffisante, pour changer radicalement, et sans motif juridique plausible, sa première manière de voir, qui était exacte, elle fasse preuve, maintenant, — l'expérience ayant mis à nu les inconvénients qui résultent du système actuel — d'une sagesse nécessaire, pour abandonner la thèse de la nullité, et revenir franchement à son opinion de jadis. Nous souhaitons qu'elle fasse libéralement ce geste, sans attendre l'obligation qu'un jour ou l'autre lui imposera le législateur.

Car la clause compromissoire est appelée, par un

élargissement équitable des règles de l'arbitrage, à rendre des services, surtout en matière d'assurances, de sociétés, ou de commerce, étant données les nécessités sociales et économiques de notre temps.

*
* *

Il ne faudrait pas cependant exagérer son importance ou ses résultats bienfaisants, et, par une réaction trop vive, se jeter dans un excès de faveur, plus préjudiciable à tous les points de vue, que l'excès de sévérité qui est la dominante de la théorie jurisprudentielle.

Certes, l'arbitrage, que l'emploi légal de la clause compromissoire a pour but de réaliser plus souvent et d'étendre, est en lui-même une bonne institution ; il est un régulateur de la justice publique ; il est l'instrument d'une liberté. De sérieuses raisons nous ont amené à reconnaître, en réclamant la légitimité de la convention qui le prépare et le choisit à l'avance, les avantages qu'il peut procurer. Nous ne sommes point partisans, malgré cela, qu'on lui donne un rôle tel, qu'il puisse primer, ou seulement balancer celui de la justice publique.

Les opinions les plus extrêmes se sont manifestées à propos de l'arbitrage ; on s'est passionné pour ou contre son utilité, et de ces sentiments outrés, nous avons eu à souffrir. « Les uns y voient une justice

mieux conduite et plus éclairée, un moyen de terminer les procès sans haine, sans délai, sans frais et sans éclat, *sine strepitu fori*. D'autres, au contraire, y voient ignorance du juge, partialité, causes de récrimination, inconvénients du huis-clos, un piège pour l'homme de bien, toutes les facilités de fraude pour l'improbe, puis de l'arbitraire, puis des lenteurs incessantes, qu'il n'est même pas au pouvoir des parties d'abréger, impuissantes qu'elles sont à contraindre le mauvais vouloir des arbitres ; puis enfin des frais plus grands que devant la justice réglée. » (1)

Les uns et les autres, s'ils n'ont pas complètement raison, n'ont pas tout à fait tort non plus. On apprend à rendre la justice, « c'est un métier comme un autre, qu'on ne sait pas sans l'avoir exercé ; celui qui en a l'habitude juge mieux, plus vite, plus sûrement que celui qu'on appelle à le faire pour la première fois. » On trouve, dans les tribunaux, de l'indifférence, garantie d'indépendance, mais qu'il ne faudrait pas exagérer ; car elle pourrait être la source de jugements négligés s'abritant derrière la robe du magistrat, pour jouir d'une impunité plus sûre. Chez les arbitres, on trouve plus de travail, une plus grande attention, une réflexion plus approfondie, une décision plus soignée et plus complète, peut-être ; mais aussi moins d'impartialité, car l'arbitre représente, après tout, la partie qui l'a choisi, il se passionne pour ses intérêts, et

(1) Armand Dalloz. *Dict. Gén.* V° *Arbitrage*, n° 10.

ainsi les droits les plus justes peuvent être facilement sacrifiés.

Enfin, il ne faut pas se payer d'illusions ; et sous le couvert de ses phrases ampoulées dans leur style, et exagérées dans leur idée, Bourbeau a exprimé la vérité, quand il dit : « Rien de séduisant, au premier aperçu, comme cette justice arbitrale qui laisse à la conscience du juge choisi par les parties sa liberté d'action, et le complet essor d'une équité naturelle que la loi n'enchaîne pas dans ses limites. L'arbitrage est du domaine de la philosophie spéculative ; la pratique l'a souvent dépouillé du prestige, dont l'avaient entouré les rêves d'une décevante philanthropie. » Tout décor a son envers, et l'arbitrage ne serait une chose vraiment excellente « que si les dispositions qui le régissent pouvaient devenir inutiles, et si la bonne foi des plaideurs et les lumières de l'arbitre pouvaient suppléer au texte des lois. Ce serait alors quelque chose d'analogue à cette justice de Saint Louis sous le chêne de Vincennes, ou bien, à la juridiction qu'exerçaient dans les temples primitifs, si l'on en croit l'histoire, les sages et les vieillards, assis sous les portiques, rendant en face des images de leurs dieux des sentences toujours respectées. »

Il est bien certains que sans cet état d'esprit idéal, c'est l'intérêt en lutte avec la justice ; et si le plaideur abandonne les voies ordinaires, c'est à la condition qu'il gagnera son procès. S'il le perd, la sentence, quelle qu'elle soit, sera toujours considérée par lui comme mauvaise, comme serait mauvais le jugement du Tribunal Civil ou de l'arrêt de la Cour

d'Appel qui lui donnerait tort. Et si l'on permettait à l'arbitrage un trop libre développement, cette juridiction tendrait à devenir une organisation dont on n'aurait pas à trop se féliciter. Les arbitres se spécialiseraient ; on recourrait la plupart du temps aux mêmes, et on serait alors à la merci d'un donneur de conseils ou du premier agent d'affaires venu. Aucune sanction contre de tels juges ; et aucune responsabilité à leur charge. L'instance arbitrale serait abandonnée alors, ou soumise à toutes les voies de recours accessibles ; on reviendrait aux tribunaux, d'où des frais supplémentaires, deux litiges superposés, des inconvénients considérables.

Il ne faut pas cependant s'appuyer sur ces considérations, sur ces conséquences que l'on peut empêcher dans une sage législation, pour proscrire l'arbitrage de nos lois, ou le traiter trop au-dessous de son mérite ; s'il présente des résultats quelquefois fâcheux, son utilité demeure établie ; et après tout, la justice publique elle-même n'a pas que des avantages.

Côte à côte, l'un et l'autre peuvent se développer sans se nuire. Bien réglementé, l'arbitrage est capable d'avoir d'heureux effets, sans diminuer en aucune façon l'œuvre, éminemment nécessaire, de la justice publique.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES.

ALAUZET. — *Traité Général des Assurances.* Assurances maritimes, terrestres, mutuelles et sur la vie. — Paris, Cosse, Delamotte, 1843.

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil Français,* d'après la méthode de Zachariæ. — Paris, Marchal, 1869.

BELLOT DES MINIÈRES. — *Commentaire de l'Arbitrage volontaire et forcé.* — 1838.

BENTHAM. — *Œuvres.* — Dumont, 1889.

BIOCHE. — *Dictionnaire de Procédure Civile et Commerciale.* — Paris, Durand, 1866.

BIOCHE et GOUJET. — *Dictionnaire de Procédure Civile et Commerciale,* avec le concours de plusieurs magistrats et jurisconsultes. — Paris, Videcoq, 1839-1842.

BONCENNE et BOURBEAU. — *Théorie de la Procédure Civile.* — Paris, Videcoq, 1837-1863.

CARRÉ (G. L. J.). — *Traité des Lois de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles.* — Nouvelle édition, par Victor Foucher. — Paris, Delamotte, 1839.

CARRÉ (G. L. J.). — *Les Lois de la Procédure Civile.* — 3e édit., par Adolphe Chauveau. — Paris, Delamotte, 1841-1846.

CARRÉ et CHAUVEAU. — *Les Lois de la Procédure Civile et Commerciale.* — 5e édit. — Paris, Marchal, 1880.

CURASSON. — *Traité de la Compétence des Juges de Paix.* par Poux-Lagier et Paul Pialat. — Paris, Marescq, 1877-1879.

DALLOZ. — *Répertoire Méthodique et Alphabétique de Doctrine et de Jurisprudence.* (V° *Arbitrage*). — 1846.

DALLOZ. — *Nouveau Répertoire.* (V° *Arbitrage*). — 1910.

DESPAGNET. — *Précis de Droit International Privé.* — Paris, Larose, 1886.

DUPRÉ (René). — *La Clause Compromissoire.* — Tulle, Grauffon, 1910.

DECLAREUIL. — *Le Compromis en Droit Romain et en Droit Français.* — Paris, 1887.

DROUIN. — *De l'Arbitrage.* — Paris, 1886.

DELAMARE et LE POITEVIN. — *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial.* — Paris, Himgraz, 1861, et *Du Contrat de Commission.*

DUTRUC, sur Carré et Chauveau. — *Supplément aux Lois de la Procédure Civile.* — 1880.

FOURGOUS. — *L'Arbitrage en Droit Français au XIII*e *et XIV*e *siècles.* — Toulouse, 1906.

GARSONNET (E.). — *Traité Théorique et Pratique de Procédure ;* organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale. — Paris, Larose et Forcel, 1882-1897.

GARSONNET (E.) et BRU. — *Traité Théorique et Pratique de Procédure.* — Paris, Larose, 1898 et sq.

GIRARD. — *Manuel Elémentaire de Droit Romain.* — Paris, Rousseau, 1901.

GLASSON et COLMET-DAAGE. — *Précis Théorique et Pratique de Procédure Civile,* avec le concours, au point de vue pratique, de M. Colmet-Daage. — Paris, Pichon, 1902.

GLASSON et TISSIER. — *Traité de Procédure Civile.* — Paris, Pichon, 1908.

GOUBEAU DE LA BILLONERIE. — *Traité Général de l'Arbitrage* — 1827.

GRASSERIE (DE LA). — *Etude Critique sur le Projet de Révision du Code de Procédure Civile et la Réforme de la Procédure.* — Paris, 1901.

GROTIUS (Hugo). — *Le Droit de la Guerre et de la Paix.* — Nouvelle traduction, par Jean Barbeyrac. — Amsterdam, Pierre de Coup, 1724.

HOCHE. — *Du Compromis et de l'Arbitrage.* — Paris, 1879.

IHERING. — *La Lutte pour le Droit ; — l'Esprit du Droit Romain.* — Trad. de Meulenaere.

LE HIR et GAY. — *Traité de l'Arbitrage.* — 1843.

LOCRÉ (Le Baron). — *La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France, ou Commentaire et Complément des Codes Français.* — Paris, Treuttel, 1827-1832.

LYON-CAEN. — *De la Condition Légale des Sociétés Etrangères en France,* et des rapports de ces sociétés avec leurs actionnaires porteurs d'obligations et autres créanciers. — Paris, Cotillon, 1870.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit Commercial.* — Paris, Pichon, 1889-1899.

LANGLADE. — *De la Clause Compromissoire et des Traités d'Arbitrage Permanent dans le Droit International Moderne.* — 1899.

MERLIN. — *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence. — Recueil Alphabétique des Questions de Droit qui se présentent le plus fréquemment dans les Tribunaux. — Table Générale Alphabétique et Raisonnée des matières contenues dans le Répertoire et dans le Recueil des Questions de Droit.* — Par Rondonneau. — Paris, Garnery (puis Garnery et Bavoux ; Garnery et Alphonse Garnery. J. P. Roret). 1812-1829.

MONGALVY. — *Traité de l'Arbitrage en Matière Civile.* — 1832.

PACAUD. — *Lenteurs et Frais de Justice Civile.* — Paris, Larose, 1898.

PARDESSUS. — *Cours de Droit Commercial.* — Paris, Garnery, 1814-1816.

POTHIER. — *Traité de la Procédure Civile.* — Œuvres posthumes relatives à la procédure, 1778.

REVELLIN-FALCOZ. — *L'arbitrage en Droit Privé.* — Lyon, 1908.

ROCHER. — *De l'Arbitrage en Matière Civile.* — Paris, 1907.

RODIÈRE. — *Traité de Compétence et de Procédure Civile.* — Paris, Durand, 1878.

SELIGMAN. — *La Justice en France pendant la Révolution,* 1789-1792. — Paris, Plon, 1901.

SURVILLE et ARTHUYS. — *Cours Élémentaire de Droit International Privé,* conforme au programme des facultés de Droit, droit civil, procédure, droit commercial. — Paris, Rousseau, 1900.

VALIN (René Josué). — *Commentaire de l'Ordonnance de la Marine, du mois d'août* 1681, avec des notes contenant l'Ordonnance, le Commentaire et le Code de Commerce, par V. Bécane. — Poitiers, Dous-sin-Délys, 1828.

VATIMESNIL (Sebire et Carteret). — *Encyclopédie du Droit.* — 1842.

WEILL. — *Des Sentences Arbitrales en Droit International Privé.* — Paris, 1906.

WEISS. — *Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé.* — Paris, Larose, 1892 et sq.

WEATON. — *Commentaire sur les Éléments du Droit International et sur l'Histoire des Progrès du Droit des Gens,* précédé d'une notice sur Wheaton, par William Beack-Lawerence. — Leipzig, Brockhau, 1868-1880.

II. — CODES ANNOTÉS. — PÉRIODIQUES ET DIVERS

JOURNAL OFFICIEL.

DALLOZ. — *Recueil Périodique des Lois et Arrêtés.*

SIREY. — *Recueil des Lois et Arrêts.*

DALLOZ. — *Code de Commerce annoté.*

TISSIER et DARRAS. — *Code de Procédure Civile annoté.*

Annales de Droit Commercial. 1886-1887. Jurisp. p. 142 (Chausse).

Bulletin de la Société d'Etudes Législatives. 1907. Communication Colson, sur l'Arbitrage et la Clause Compromissoire dans les contrats collectifs de travail.

L'Economiste Français. 1910-1911. — Exposé des Motifs du Projet sur l'Arbitrage dans les Chemins de Fer.

Journal de Procédure Civile et Commerciale, années 1835, 1838, 1842, 1848 et 1849.

Revue de Législation et de Jurisprudence, publiée sous la direction de L. Wolowski, par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats français et étrangers. — Paris, Bureau de Rédaction, 1835-1853. Année 1843, p. 241 (Championnière).

Revue Critique de Législation et de Jurisprudence. — Paris, Cotillon, 1851 et s. q. q. — Année 1851, p. 65 (Marcadé). — Année 1852, p. 214 (Molinier). — Année 1886, p. 673 (Chausse : Examen doctrinal de Jurisprudence).

Revue Trimestrielle de Droit Civil. — Paris, Larose, 1902 et sq. — Année 1906, p. 439. (Lerebourg-Pigeonnière : Analyse de la Proposition de loi de Flandin, sur la réforme de l'Arbitrage). — Année 1906, p. 625. (Tissier : Le Centenaire du Code de Procédure et les projets de réforme).

Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International, 1906, p. 34.

BOUVIER. — *Note* sous Lyon, 12 janvier 1901. — D. P. 1903. 2. 137.

COHENDY. — *Dissertation* sous Paris, 9 mars 1887. — D. P. 1888. 2. 49.

DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines.* — V° Amphictionie.

DEVILLENEUVE. — *Note* sous Limoges, 5 janvier 1839. — Sirey, 1839. 2. 228.

DUPIN (Proc. Gén.). — *Conclusions de Cassation.* — D. P. 1838, 1. 338, en note.

LYON-CAEN. — *Rapport sur l'Avant-Projet de Loi sur les Assurances Terrestres.* 1904.

PIC. — *Note* sous Cassation. 28 décembre 1892. D. P. 1895, 1. 81.

VIVIANI. — *Rapport sur les Mutualités*, 1906.

Vu : le Président de la Thèse,
V. CHAUSSE.

Vu : le Doyen,
VIGIÉ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, le 21 Décembre 1911
Le Recteur,
A. BENOIST.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

INTRODUCTION 5

I. — Considérations générales sur les origines de l'arbitrage et ses rapports avec la justice publique..... 5

II. — Exposé sommaire des principes et des règles de la juridiction arbitrale au Code de Procédure Civile. — Plan de l'étude..... 14

CHAPITRE PREMIER

Définition de la clause compromissoire. — Délimitation et position du problème..... 25

CHAPITRE II

Historique de la clause compromissoire..... 35

I. — Droit Romain..... 35

II. — Ancien Droit..... 47

III. — Droit Intermédiaire..... 57

CHAPITRE III

Etat actuel de la question. — La clause compromissoire en jurisprudence et en doctrine..... 62

I. — Evolution générale de la jurisprudence.... 62

II. — Attitude de la doctrine..... 73

CHAPITRE IV

Discussion méthodique et jurisprudentielle des principaux arguments invoqués pour et contre la clause compromissoire..... 79

Section I. — Cas incontesté de validité..... 80
Section II. — Points en discussion..... 94
§ I. — La clause compromissoire en présence des textes..... 94
A. — La clause compromissoire et l'article 332 C. Com. étendu..... 94
B. — La clause compromissoire et l'article 1006 C. Procéd. Civ..... 108
§ II. — La clause compromissoire en présence des principes généraux..... 123
A. — La clause compromissoire et le droit commun : ordre public, liberté des conventions 123
B. — La clause compromissoire et l'esprit de la loi..... 142

CHAPITRE V

Essai d'une théorie de la clause compromissoire.... 149

CHAPITRE VI

Réformes proposées en faveur de la clause compromissoire 168
I. — Droit comparé..... 169
II. — Mouvement favorable à l'arbitrage..... 177
III. — Projets et propositions de lois..... 187

CHAPITRE VII

La clause compromissoire en Droit International... 192
Section I. — Droit International privé..... 193
Section II. — Droit International Public.... 214

CONCLUSION 229
BIBLIOGRAPHIE 235